

مجلة الشريعة والقانون



مجلة علمية مُحَكّمة تُعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية

«نصف سنوية»

العدد الرابع عشر شوال ١٤٢١هـ - يناير ٢٠٠١

رئيس التحرير

أ . د . جاسم علي سالم الشامسي

مدير التحرير ونائب رئيس التحرير

د . محمد عبدالرحيم سلطان العلماء

هيئة التحرير

أ.د. ماجد راغب الحلو

أ.د. قاسم عبدالحميد الوتيدي

أ.د. محمود أحمد أبو ليل

أ.د. هشام محمد فريد رستم

تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الإمارات العربية المتحدة

ردمد: ١٠١٣-١٦٠٨

تفهرس المجلة في دليل أولريخ الدولي للدوريات تحت رقم 349199

جميع الآراء في هذه المجلة تعبر عن وِجهة نظر كاتبيها، ولا تعبر عن وِجهة نظر هيئة التحرير أو الجامعة

توجه جميع المراسلات والبحوث على العنـوان الآتي:

مجلة الشريعة والقانون

العين - ص .ب ١٥٥٥١ -

دولة الإمارات العربية المتحدة

هاتف : ٧٥١٤٣٣٦ (٣ ٩٧١)- فاكس : ٧٦٤١٢٢٦ (٣ ٩٧١)

البريد الالكتروني: sharia_law.journal@uaeu.ac.ae

موقع المجلة على شبكة الانترنت: http://sljournal.uaeu.ac.ae

الاشتراكات السنوية

نوع الاشتراك	الإمارات	الدول العربية	الدول الأجنبية	سنوات الاشتراك
أفراد	٣٠ درهم	٤٠ درهم	١٠ دولار	سنة
مؤسسات	٦٠ درهم	٨٠ درهم	٣٠ دولار	
أفراد	٥٥ درهم	٧٥ درهم	٢٥ دولار	سنتين
مؤسسات	١١٠ درهم	١٥٠ درهم	٥٥ دولار	
أفراد	٨٠ درهم	١١٠ درهم	٣٥ دولار	٣ سنوات
مؤسسات	١٥٠درهم	٢٠٠ درهم	٨٠ دولار	

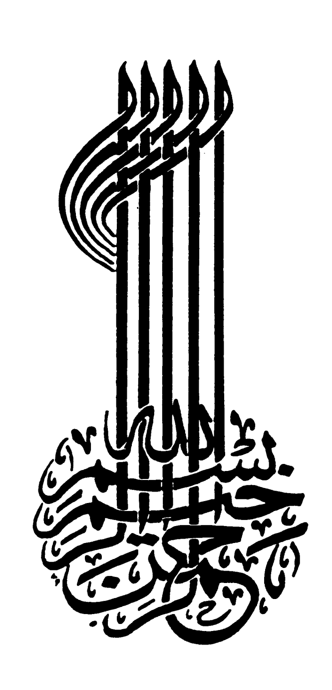
تدفع الاشتراكات بإحدى الطرق الآتية :

١- إما بشيك مصرفي لصالح مجلة الشريعة والقانون على أحد المصارف الإماراتية .

٢- أو بتحويل مصرفي لحساب جامعة الإمارات العربية المتحدة

لدى بنك الاتحاد الوطني رقم ١٠٠٢٧٧٧-٨٢٠ ويُرسل صورة من إيصال التحويل







اهداف المجلة
وقواعد النشر

أولاً : أهداف المجلة :

مجلة كلية الشريعة والقانون نصف سنويَّة محكَّمة متخصصة تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، وتهدف إلى :

١- نشر البحوث المبتكرة والتي يعدها المتخصصون في مجالي الشريعة والقانون من أجل إثراء البحث العلمي في هذين المجالين.

٢- توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة ونظيراتها في الجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية .

٣- معالجة القضايا الإنسانية المعاصرة في إطاري الشريعة والقانون، لا سيما مايختص منها بدولة الإمارات العربية المتحدة ومنطقة الخليج، والعالم العربي والإسلامي.

٤- متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاقي الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب والترجمات الحديثة في مجالي الشريعة والقانون، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية، والمؤتمرات، والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في المجالين المذكورين، بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي والعربي والفتاوى الشرعية والقانونية.

٥- إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى على مستوى العالم .

ثانياً : قواعد النشر :

١ - تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة ذات الصلة بالفقه الإسلامي والقانون بفروعهما، والمتسمة بالعمق والإثراء المعرفي.

٢ - تقبل البحوث باللغة العربية أوالإنجليزية أو الفرنسية، ويفضل أن يتراوح حجم البحث بين خمسة آلاف وعشرة آلاف كلمة، (١٦-٣٢) صفحة من النوع العادي، عدا المراجع والأشكال والصور والملاحق.

٣- يجب ألا يكون البحث جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي أعدها الباحث،

ذلك بإقرار كتابي يمهره الباحث بتوقيعه.

٤- ضرورة اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء، والحواشي والمصادر والمراجع، إلى غير ذلك من القواعد المرعية في البحوث العلمية، مع مراعاة أن تكون مراجع وهوامش كل صفحة أسفلها.

٥- يجب أن يراعى في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة.

٦- أن يكون البحث خالياً من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترقيم المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط.

٧- أن يكون البحث مرقوناً على الحاسوب،وتزود هيئة التحرير بثلاث نسخ منه مع نسخة على قرص مرن (ديسك) .

٨- يرفق البحث بنبذة موجزة عن مُعده، تعرف به، وبسجله العلمي، وأبرز أبحاثه ومؤلفاته العلمية، بالإضافة إلى ملخص للبحث باللغتين العربية والانجليزية .

٩- يتم عرض البحث -على نحو سري- على محكمين من الذين يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة .

١٠- يخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لاتتجاوز شهرين من تاريخ وصوله لهيئة التحرير.

١١- تعد الأقسام العلمية لائحة المحكمين الداخليين والخارجيين وتعتمدها لجنة المجلة، وتصرف المكافآت وفقاً للقواعد المعمول بها في الجامعة .

١٢- يراعى في أولوية النشر مايلي :

أ- الأبحاث المرتبطة بمجتمع دولة الإمارات العربية.

ب- تاريخ وصول البحث لرئيس هيئة تحرير المجلة .

جـ- تنويع الأبحاث موضوعاً واشخاصاً .



محتويات العدد

كلمة العدد

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، المبعوث رحمةً للعالمين و بعد؛

فها هو العدد الرابع عشر يزهو بحلة جديدة، يحمل ضمن طياته الأمل ليؤكد مكانته بين الدوريات العلمية، وبهذه المناسبة إذ نعرج على الدور الرائد لمجلس النشر العلمي والذي تشكل آخيراً؛ للسعي في رقي وتقدم مجال النشر العلمي في جامعة الإمارات العربية المتحدة .

ومن هنا يحرص الباحثون سواء الأكاديميون منهم أو غيرهم على نشر جهدهم العلمي والنتائج التي وصلوا إليها، وهم في سبيل ذلك يبحثون عن الوسيلة التي تبرز هذا النتاج في أحسن صوره للمتلقي وأفضل طريقة للتعريف بصاحب هذا النتاج العلمي ويكون محل النشر بعد ذلك مكاناً للإفادة المجتمعية حسب موضوع البحث وتخصصه.

والباحث تلقائياً يبحث عن المجلة أو الدورية المتخصصة ذات الدرجة العالية والمكانة المرموقة البارزة بين المجلات الأخرى ذات التخصص. وهذا ماينعكس على نوعية النشر العلمي في هذه المجلات فتجد البعض منها يبرز النشر فيها من حيث نوعية البحوث وقوتها ودقتها وقبل ذلك نسبة الابتكار والتجديد في مواضيعها.

وتجد البعض الآخر من المجلات قد تقل البحوث المتميزة المنشورة بها، وهذا كما نعلم يؤثر على مستوى المجلة ومكانتها الدولية.

ولذا دائماً مانرى الإدارات المسؤولة في بحث عن السبل والأدوات التي تبرزها مجلاتها العلمية.

وبناء على ذلك قررت جامعة الإمارات العربية المتحدة في هذا العام إنشاء مجلس للنشر العلمي من ضمن عمله وضع السياسات للارتقاء بمستوى المجلات العلمية والبحث العلمي. وحرصت الجامعة على التأني والتريث ليكون التغيير في هذا المجال والتطوير محققاً لأهدافه، موصلاً لما تبتغيه الجامعة.

وفي ذات الوقت انعكس إيجاباً على إدارات المجلات العلمية سواء من حيث ضمان استقلاليتها وتقديم الدعم بجميع أنواعه لها، أو تمكينها بالتالي من أداء دورها بشكل متميز في حقل التنافس الشريف.

وهو ماتسعى إليه مجلة كلية الشريعة والقانون في هيئتها الجديدة داعيةً الباحثين في حقول الفقه الشرعي والقانوني إلى الإسهام في تأكيد دور هذه المجلة كأحد روافد المعرفة العلمية الشرعية والقانونية، والتي يحرص الأكاديمي أو المهني على اقتنائها.

مع جزيل الشكر والتقدير للباحثين والمجتهدين.

رئيس التحرير

أ. د. جاسم علي سالم الشامسي

البحوث والدراسات



حماية البيئة
في الشريعة الإسلامية

إعداد

الأستاذ الدكتور محمود أحمد أبوليل *

* أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون - قسم الدراسات الأساسية- جامعة الإمارات العربية المتحدة.



ملخص البحث

بيّن البحث اشتمال تعاليم الإسلام على قيّم ومفاهيم حضارية وإرشادات تحذيرية مبكرة لمشكلات البيئة بأسلوب التصريح والتلميح مما يعتبر بحق في بعض صوره سبقاً حضارياً رائداً يخرق حجاب الزمن ويشكل نوعاً من الإعجاز التشريعي والفكري الجديد .

ويتكون البحث من ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تناول اهتمام القرآن الكريم بالحديث عن البيئة بمختلف أبعادها ، وقدم رصيداً سريعاً لأهم المظاهر البيئية والكونية التي تحدثت عنها الآيات القرآنية وهي : البيئة البرية و مايتعلق بها من الثروات النباتية والمعدنية والحيوانية ونحوها ، والثروة المائية والبحرية وأثرها في الحياة والإنبات والتطهير ، والبيئة الجوية والهوائية ، والحديث عن مظاهر الكون الأخرى كخلق السماوات والأرض والشمس والقمر واختلاف الليل والنهار وغير ذلك .

المبحث الثاني : تناول مدى سلطان الإنسان على التصرف بموارد البيئة والنهي عن إفسادها .

المبحث الثالث : الوسائل الإيجابية التي أشار إليها الإسلام لحماية البيئة ومن أهمها : الاهتمام بالنظافة والطهارة والجمال ، وتوسيع نطاق التعبد في المفهوم الإسلامي ، الحث على الزراعة والتشجير والتخضير ، إقرار نظام المحميات للمصلحة العامة ، إقرار نظام الحجر الصحي ، تشجيع العمل الجماعي لحماية البيئة .

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة على نبيه الأمين، وبعد .

فمما لا مراء فيه أن الإسلام دين يتسم بالعمومية والشمول والخلود، فهو دين المكان والزمان، ودين الدنيا والآخرة، ودين الوحي والعقل والعبادة والعمل ودين التوكل والأخذ بأسباب التقدم والارتقاء، تتغيا أحكامه تحقيق سعادة الإنسان، وترشيد سلوكه وتأمين مصالحه وحمايته من أهواء نفسه وطغيان غرائزه ونزغات الشيطان وتوهيمه فيهديه سبل السلام، ويسلك به مسالك النجاة ويوفر له حياة العزة والكرامة .

والإسلام تشريع من العزيز الحكيم الخبير العليم الذي يعلم حقائق الإنسان وحقائق الكون الذي يعيش فيه، ويعلم ما يصلح له فلا غرو أن تكون أحكامه وتوجيهاته كفيلة بمعالجة مشاكل الإنسان، مسايرة لتطور حياته، تكمن فيها وجوه متجددة من الإعجاز والإبداع والأحكام وأسرار التشريع والتي يكتشفها العقل الإنساني كلما ارتقى في درجات العلم والحضارة والتفكير .

وفي مجال الثقافة والتربية البيئية يجد المدقق أن تعاليم الإسلام تشتمل على قيم ومفاهيم حضارية، وإرشادات تحذيرية مبكرة لمشكلات البيئة بأسلوب التصريح والتلميح، مما يعتبر بحق في بعض صوره سبقاً حضارياً رائداً يخرق حاجز الزمن ويشكل نوعاً من الاعجاز التشريعي والفكري الجديد .

ولقد أرسى الإسلام هذه القيم والقواعد السلوكية قبل أربعة عشر قرناً في حين أن الاهتمام الجاد بمشكلات البيئة وقواعد حمايتها لم يبدأ على المستوى الدولي إلا في النصف الثاني من القرن العشرين .

وفي هذا البحث نذكر بعض هذه المفاهيم والقيم البيئية في إطار التوجيهات الإسلامية . التي تستهدف المحافظة على البيئة صالحة للحياة، وذلك من خلال المباحث الآتية :

المبحث الأول : اهتمام القرآن بالحديث عن البيئة بمختلف أبعادها .

المبحث الثاني : مدى سلطان الإنسان على التصرف بموارد البيئة والنهي عن إفسادها .

المبحث الثالث : الوسائل الإيجابية التي شرعها الإسلام لحماية البيئة .

المبحث الأول
اهتمام القرآن بالحديث عن البيئة بمختلف أبعادها

تميز القرآن الكريم، كتاب الله الخالد، بكثرة الحديث عن الآيات الكونية المتعددة التي هي الظرف الأوسع للبيئة، إذ بيئة الإنسان، بالمفهوم الواسع هي الكون كله الذي سخر لخدمته، ثم تتنوع البيئات في هذا الإطار الكبير، فهناك البيئة البرية والبيئة البحرية والبيئة الجوية والبيئة الزراعية والبيئة الصناعية، بالإضافة إلى البيئات الاجتماعية والثقافية والاقتصادية ونحوها مما يدخل في الإطار الذي يعيش فيه الإنسان ويحصل منه على مقومات حياته المختلفة ويمارس فيه علاقاته الاجتماعية المتعددة [1].

وقد تعرض القرآن - في كثير من آياته - إلى البيئة الطبيعية بمختلف مظاهرها لافتاً الأنظار إلى أسرارها وعجائبها ومبلغ نعمة الله فيها وتجلي رحمته في تسخيرها لحياة الإنسان.

وفيما يلي رصد سريع لأهم المظاهر البيئية والكونية التي تحدث عنها القرآن :

١ - **البيئة البرية:** وما يتعلق بها من الثروات النباتية والمعدنية والحيوانية ونحوها.
تحدث القرآن في هذا السياق عن توطئة الأرض وتذليلها ليسهل العيش عليها :

---

(١) انظر : البيئة ومشكلاتها / رشيد الحمد ومحمد صباريني ص ٢٦ - الكويت .

﴿هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور﴾[1].

وأشار إلى التربة الطيبة العذبة الجيدة التي لم يلحقها تلوث ولا تسمم، كيف تنبت الطيب من الثمار بخلاف التربة الخبيثة الملوثة الرديئة فقال: ﴿ والبلد الطيب يخرج نباته بإذن ربه والذي خبث لا يخرج إلا نكداً[2] كذلك نصرف الآيات لقوم يشكرون ﴾[3].

وتحدث عن نعمة الجبال وأسرارها فقال: ﴿ألم نجعل الأرض مهاداً والجبال أوتادا ﴾[4] وقال: ﴿ وألقينا في الأرض رواسي أن تميد بكم ﴾[5]، وقال: ﴿ ومن الجبال جدد[6] بيض وحمر مختلف ألوانها وغرابيب[7] سود ﴾[8] وقال: ﴿ والله

(١) سورة الملك - آية ١٥.

(٢) النكد: العسير القليل - تفسير ابن عطية ٥/ ٥٤٢.

(٣) سورة الأعراف - آية ٥٨.

(٤) سورة النبأ الآيتان ٦، ٧.

(٥) سورة لقمان، آية ١٠.

(٦) جدد: جمع جدة وهي الطريقة تكون من الأرض والجبل كالقطعة العظيمة المتصلة طولاً - تفسير ابن عطية ١٢/ ٢٤١.

(٧) غرابيب سود: متناهية في السواد كالأعربة.

(٨) سورة فاطر - آية ٢٧.

جعل لكم مما خلق ظلالاً وجعل لكم من الجبال أكناناً ﴾ [1] .

وتحدث عن الثروة المعدنية فقال عز من قائل : ﴿ وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس ﴾ [2] .

وفي الثروة النباتية جاءت آيات عديدة في سور متفرقة منها قوله تعالى : ﴿فلينظر الإنسان إلى طعامه أنا صببنا الماء صباً ثم شققنا الأرض شقا فأنبتنا فيها حباً وعنباً وقضبا وزيتونا ونخلاً وحدائق غلباً [3] وفاكهة وأباً [4] متاعاً لكم ولأنعامكم﴾ [5] .

ومنها قوله : ﴿ وهو الذي أنشأ جنات معروشات وغير معروشات والنخل والزرع مختلفاً أكله والزيتون والرمان متشابهاً وغير متشابه ﴾ [6] .

وجاء في سورة النحل بعد الحديث عن نزول الماء : ﴿ ينبت لكم به الزرع والزيتون والنخيل والأعناب ومن كل الثمرات إن في ذلك لآية لقوم يتفكرون﴾ [7] .

---

(١) سورة النحل - آية ٨١ .

(٢) سورة الحديد - آية ٢٥ .

(٣) غلبا : بساتين عظاما متكاثفة الأشجار ملتفة يستظل بها .

(٤) الأب : المرعى .

(٥) سورة عبس - الآيات ٢٤ - ٣٢.

(٦) سورة الأنعام - آية ١٤١ .

(٧) سورة النحل - آية ١١ .

وجاء في السورة نفسها أيضاً: ﴿ ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكراً ورزقاً حسنا إن في ذلك لآية لقوم يعقلون ﴾[1].

وتحدث القرآن عن الثروة الحيوانية ومنافعها الحاجية والتزيينية فقال في سورة النحل: ﴿ والأنعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون ولكم فيها جمال حين تريحون وحين تسرحون وتحمل أثقالكم إلى بلد لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس إن ربكم لرؤوف رحيم، والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ويخلق ما لا تعلمون ﴾[2] وتحدث عن منافع الألبان والجلود فيها فقال: ﴿ وإن لكم في الأنعام لعبرة نسقيكم مما في بطونه من بين فرث[3] ودم لبناً خالصاً سائغاً للشاربين ﴾[4] ﴿ وجعل لكم من جلود الأنعام بيوتاً تستخفونها يوم ظعنكم ويوم إقامتكم ومن أصوافها وأوبارها وأشعارها أثاثاً ومتاعاً إلى حين ﴾[5].

وفي إطار الثروة الحيوانية امتن الله علينا بإباحة الصيد فقال تعالى: ﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾[6]، وقال: ﴿ يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات

---

(١) سورة النحل – آية ٦٧.

(٢) سورة النحل – آيات ٥ – ٨.

(٣) الفرث: الأشياء المأكولة المنهضمة بعد الانهضام في الكرش فإذا أخرجت من الكرش سميت روثاً.

(٤) سورة النحل الآية ٦٦.

(٥) سورة النحل – آية ٨٠.

(٦) سورة المائدة – آية ٢.

وما علمتم من الجوارح مكلبين [1] تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه واتقوا الله إن الله سريع الحساب ﴾ [2] .

٢ – البيئة المائية والبحرية:

في آيات عديدة بين الله تعالى أهمية الماء في الحياة والإنبات فقال : ﴿ وأنزل من السماء ماء فأخرج به من الثمرات رزقاً لكم، فلا تجعلوا لله أنداداً وأنتم تعلمون﴾ [3] وقال : ﴿ وهو الذي أنزل من السماء ماء فأخرجنا به نبات كل شيء فأخرجنا به خضراً نخرج منه حباً متراكباً. . . . ﴾ [4] وقال : ﴿ وجعلنا من الماء كل شيء حي أفلا تؤمنون ﴾ [5] وقال : ﴿ ألم تر أن الله أنزل من السماء ماء فسلكه ينابيع في الأرض ثم يخرج به زرعاً مختلفاً ألوانه ﴾ [6] .

كما تحدث القرآن، فضلاً عما سبق، عن منافع الماء المتعددة، والتي منها السقيا والشرب، قال تعالى : ﴿ فأنزلنا من السماء ماء فأسقيناكموه وما أنتم له بخازنين ﴾ [7] .

---

(١) مكلبين : مؤدبين ومعودين لها على الصيد .

(٢) سورة المائدة – آية ٤ .

(٣) سورة البقرة – آية ٢٢ .

(٤) سورة الأنعام – آية ٩٩ .

(٥) سورة الأنبياء – آية ٣٠ .

(٦) سورة الزمر – آية ٢١ .

(٧) سورة الحجر – آية ٢٢ .

وقال: ﴿ وهو الذي أنزل من السماء ماء لكم فيه شراب ومنه شجر فيه تسيمون ﴾[1] وقال: ﴿ ونسقيه مما خلقنا أنعاماً وأناسي كثيراً ﴾[2].

ومنها التطهر والتنظيف، قال تعالى: ﴿ وننزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به ويذهب عنكم رجس الشيطان وليربط على قلوبكم ويثبت به الأقدام ﴾[3] وقال: ﴿ وأنزلنا من السماء ماء طهورا ﴾[4].

وتحدث القرآن عن منافع البحار المختلفة كأكل اللحم الطري من صيده والتزين بحليته وتسيير السفن فيه لابتغاء فضل الله، قال تعالى: ﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة ﴾[5]، وقال ﴿ وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً وتستخرجون منه حلية تلبسونها وترى الفلك مواخر فيه ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون ﴾[6].

---

(١) سورة النحل – آية ١٠.

(٢) سورة الفرقان – آية ٤٩.

(٣) سورة الأنفال – آية ١١.

(٤) سورة الفرقان – آية ٤٨.

(٥) سورة المائدة – آية ٩٦.

(٦) سورة النحل – آية ١٤.

٣ – البيئة الجوية والهواء:

ذكر القرآن الكريم الحكمة من إرسال الرياح، ففضلاً عن ضرورة الهواء لتنفس الكائنات الحية وتوقف حياتها عليه، فهو كذلك وسيلة لتلقيح النباتات بحمل حبوب اللقاح بين المزروعات، وتلقيح السحب بنوى التكاثف اللازم لهطول الأمطار، يشير إلى ذلك قوله تعالى: ﴿وأرسلنا الرياح لواقح فأنزلنا من السماء ماء فأسقيناكموه﴾ (١) والرياح وسيلة لسوق السحب قال تعالى: ﴿ الله الذي يرسل الرياح فتثير سحاباً فيبسطه في السماء كيف يشاء ويجعله كسفاً فترى الودق يخرج من خلاله فإذا أصاب به من يشاء من عباده إذا هم يستبشرون ﴾ (٢). وقال: ﴿ والله الذي أرسل الرياح فتثير سحاباً فسقناه إلى بلد ميت فأحيينا به الأرض بعد موتها كذلك النشور ﴾ (٣).

ومن وظيفة الرياح كذلك حمل الطيور، قال تعالى ﴿ ألم يروا إلى الطير مسخرات في جو السماء ما يمسكهن إلا الله إن في ذلك لآيات لقوم يؤمنون ﴾ (٤).

٤ – الحديث عن مظاهر الكون الأخرى :

تحدث القرآن كثيراً عن مظاهر الكون العديدة فضلاً عما سبق، فقد تحدث عن خلق السماوات والأرض والشمس والقمر واختلاف الليل والنهار، قال تعالى :

---

(١) سورة الحجر – آية ٢٢.

(٢) سورة الروم – آية ٤٨.

(٣) سورة فاطر – آية ٩.

(٤) سورة النحل – آية ٧٩.

﴿إن في خلق السماوات والأرض واختلاف الليل والنهار لآيات لأولي الألباب﴾ [1]
وقال: ﴿ إن ربكم الله الذي خلق السماوات والأرض في ستة أيام ثم استوى على العرش يغشي الليل النهار يطلبه حثيثاً والشمس والقمر والنجوم مسخرات بأمره ألا له الخلق والأمر تبارك الله رب العالمين ﴾ [2].

وهكذا نجد أن الحديث عن أنواع البيئة ومظاهر الكون وعجائب الخلق يحتل حيزاً كبيراً من القرآن الكريم حتى يكاد يصل إلى ربعه، وكثيراً ما يبديء القرآن فيها ويعيد مما يدل على مبلغ اعتناء الإسلام بالآيات الكونية واستدعائه العقل الإنساني لقراءتها والتدبر فيها واستثمارها لما يعود عليه بالنفع والخير.

---

(١) سورة آل عمران - آية ١٩٠.

(٢) سورة الأعراف - آية ٥٤.

المبحث الثاني
مدى سلطان الإنسان على التصرف
بموارد البيئة والنهي عن إفسادها

وفيه مطلبان :

المطلب الأول - مدى سلطان الإنسان على التصرف بموارد البيئة .

المطلب الثاني - النهي عن إفساد البيئة والتنبيه على مخاطره .

المطلب الأول
مدى سلطان الإنسان على التصرف بمواردالبيئة

البيئة التي يعيش فيها الإنسان بأبعادها المختلفة هي من خلق الله تعالى وآثار رحمته وبديع صنعه وقد استخلف الله الإنسان عليها ليستعمرها وينتفع بخيراتها ويستمد منها أسباب صحته وحياته، كي يعبد الله في الأرض ويشكره على نعمائه قال تعالى على لسان هود عليه السلام : ﴿ هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها﴾ [1] .

وقد تفضل الله على الإنسان بتمليكه الأموال بأسبابه المشروعة حفزاً له على العمل والنشاط والاستثمار، وتمكيناً له من كمال الانتفاع والاستغلال لتتم عليه

(١) سورة هود - آية ٦١ .

النعمة وتقوم عليه الحجة.

ولكن ملكية الإنسان لما حازه من الأموال المباحة وما آل إليه من الأموال المتقومة بسبب مشروع تبقى في إطار الاستخلاف من المالك الحق وهو الله سبحانه وتعالى، وعلى الخليفة أن يتقيد بتعاليم المستخلف الحكيم، ويسير في تصرفاته على هديه وتوجيهاته التي تتوخى حمايته من إفراطه وتفريطه وتحريره من أطماعه وأنانياته، وتحقيق مصلحته الحقة ومصلحة الجماعة الإنسانية التي تشترك معه في هذه الحياة.

قال الله تعالى في خلافة الإنسان في الأرض: ﴿ وهو الذي جعلكم خلائف الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليبلوكم فيما آتاكم ﴾[1]، وقال: ﴿ آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه ﴾[2] وقال: ﴿ واذكروا إذ جعلكم خلفاء من بعد عاد وبوأكم في الأرض تتخذون من سهولها قصورا وتنحتون الجبال بيوتاً فاذكروا آلاء الله ﴾[3] وقال: ﴿ وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة قالوا: أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك؟ قال: إني أعلم ما لا تعلمون ﴾[4].

---

(١) سورة الأنعام - آية ١٦٥.

(٢) سورة ا لحديد - آية ٧.

(٣) سورة الأعراف - آية ٧٤.

(٤) سورة البقرة - آية ٣٠.

ويلحظ هنا أن الملائكة الكرام أشارت إلى إفساد الناس في الأرض والبيئة قبل أن يخلقوا، والملائكة لا تعلم الغيب ولا تسبق بالقول، فلعلهم استوحوا ذلك من لفظ الخليفة وما يحمل من دلالات واحتمالات، إذ من شأن الخليفة أن يكون مزوداً بالملكات والإمكانات والقدرة على التصرفات واتخاذ القرارات التي تمكنه من الاضطلاع بأعباء هذه الخلافة في إطار من توجيه الرسالات السماوية، ومن كان هذا شأنه فلابد أن يكون في نوعه من تجمح به نفسه، و يغلب عليه هواه ويشتط في سلوكه بالتعدي والإفساد في الأرض وسفك الدماء [1].

إن الإنسان باستخلافه في الأرض لايعني أنه السيد الأوحد يتصرف فيها كيفما يشاء، وإن حق الملكية كذلك ليس حقاً مطلقاً يفعل فيه ما يريد، بل هو مستخلف فيه عن الجماعة، والملك الحقيقي لله تعالى. كما ذكرنا، قال سبحانه: " ﴿ له ما في السماوات وما في الأرض وما بينهما وما تحت الثرى ﴾ [2] وقال: ﴿ لله ملك السماوات والأرض وما فيهن ﴾ [3] وقال: ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ﴾ [4].

---

(١) ومن الاحتمالات التي ذكرها المفسرون أن الله قد أوحى إليهم بذلك العلم ، أوانهم فهموا ذلك قياساً على حالة الجن الذين ذكر أنهم عمروا الأرض قبل خلق آدم وأفسدوا بها وسفكوا الدماء - انظر : تفسير ابن عطية ١/ ٢٢٨ .

(٢) سورة طه آية ٦ .

(٣) سورة المائدة - آية ١٢٠ .

(٤) سورة النور - آية ٣ .

إن حق الملكية في الإسلام له وظيفة اجتماعية ولذلك تحدد فيه أسباب التملك وطرق الانفاق، وتؤخذ منه الزكوات والكفارات وتوفى منه النذور وتوصل الأرحام وتجبى منه الضرائب عند الاقتضاء بشروط معينة، ومن حقوق الجماعة فيه أن يكون انتفاع الانسان بما سخر له من موارد البيئة ومكوناتها تمليكاً أو إباحة في حدود طاقة احتمال الأنظمة البيئية التي هو جزء منها، ولا يصح أن يتصرف فيها تصرف السيد المطلق دون مراعاة لأية اعتبارات أو نتائج مؤذية مرهقة للأرض قد تؤدي إلى إرباك أنظمة البيئة فيها والإخلال بتوازناتها وجعلها عاجزة عن امتصاص آثار هذه التصرفات الخاطئة وإصلاح عواقبها بالسرعة الكافية ودون تعرض الحياة فيها للأخطار.

المطلب الثاني

النهي عن إفساد البيئة والتنبيه على مخاطره

أ - حذر القرآن الكريم إجمالاً من مغبة الافساد في الأرض الذي يشمل بعمومه تلويث البيئة وإيذاءها بالتصرفات الضارة. وقد تكرر الحديث عن الافساد والمفسدين في أكثر من أربعين آية في القرآن الكريم منها قوله تعالى: ﴿ ظهر الفساد في البر والبحر بما كسبت أيدي الناس ليذيقهم بعض الذي عملوا لعلهم يرجعون ﴾[1].

---

(١) سورة الروم - آية ٤١.

ففي الآية إشارة إلى أثر تصرفات الناس السيئة في افساد البر والبحر وما يترتب على ذلك من أضرار ومعاناة.

وقال تعالى: ﴿ ولا تفسدوا في الأرض بعد إصلاحها ﴾ [1].

جاء في تفسير القرطبي: " نهى سبحانه عن كل فساد قل أو كثر بعد صلاح قل أو كثر فهو على العموم على الأصح من الأقوال".

وقال الضحاك: " معناه: لا تعوروا الماء [2] المعين ولا تقطعوا الشجر المثمر " [3].

وجاء في تفسير الجواهر: " ولا تفسدوا في الأرض بالظلم والشرك والمعاصي والدعوة إلى الشر وإتلاف النفس بالقتل وغيره وإفساد الأموال بالغصب والسرقة وأخذه من الغير بالحيل وإفساد العقول بالخمر والانساب بالزنا وإفساد الأديان بالكفر واعتقاد البدع والأهواء بعد إصلاحها بالعدل والإيمان والطاعات والدعوة إلى الخير ونظام الأمم والأفراد وحفظ الأعضاء والعقول وإرسال الرسل بالإحسان ومكارم الأخلاق" [4].

---

(١) سورة الأعراف - آية ٥٦.

(٢) عورت عيون الماء إذا دفنتها وسددتها.

(٣) مختصر تفسير القرطبي ٣/ ١٩٠ - اختصار محمد كريم راجح - دار الكتاب العربي.

(٤) الجواهر في تفسير القرآن / طنطاوي جوهري ص ١٦٥/ ١٦٦ - دار إحياء التراث العربي - بيروت.

ومن الآيات التي تحذر من الافساد كذلك قوله تعالى: ﴿ فاذكروا آلاء الله ولا تعثوا في الأرض مفسدين ﴾ [1] وقوله: ﴿ ولا تطع أمر المسرفين الذين يفسدون في الأرض ولا يصلحون ﴾ [2] وقوله: ﴿ فلولا كان من القرون من قبلكم أولو بقية ينهون عن الفساد في الأرض إلا قليلاً ممن أنجيناهم ﴾ [3].

والفساد ضد الصلاح وهو الاضطراب والخلل الذي يصيب الشيء فيغيره عن طبيعته ويجعله غير صالح لأداء وظيفته.

ومن أهم أسباب الفساد في البيئة التلوث بمختلف أشكاله وحقيقته: " كل تغير كمي أو كيفي في مكونات البيئة الحية وغير الحية لا تقدر الأنظمة البيئية على استيعابه دون أن يختل اتزانها " [4] وهذا يشمل:

١- التلوث المائي نتيجة إلقاء المخلفات والمجاري والنفايات الكيماوية وتسرب النفط مما تعجز البحار عن هضمه ويوثر على الثروة السمكية.

٢- ويشمل كذلك التلوث الهوائي بزيادة نسبة ثاني أكسيد الكربون وتناقص نسبة الأكسجين نتيجة استخدام الآلات الصناعية التي تحرق الوقود وتنفث في الهواء الغازات السامة المختلفة التي تهدد حياة الإنسان والحيوان والنبات معاً.

---

(١) سورة الأعراف - آية ٧٤.

(٢) سورة الشعراء - الآيتان ١٥١/١٥٢.

(٣) سورة هود - آية ١١٦.

(٤) البيئة ومشكلاتها / رشيد الحمد ومحمد صباريني ص ١٤٩.

٣- ويشمل التلوث الإشعاعي نتيجة التجارب النووية والإخلال بالنسب التي يتكون منها جو الأرض والذي يحرس الأرض من الاشعاعات الضارة المتساقطة من الشمس وغيرها من الكواكب .

٤- ومثل ذلك التلوث السمعي والحراري والجرثومي [١] وغيرها من الملوثات التي تهدد الانسان وتعرضه لما يشبه الانتحار الجماعي لأنها لا تعرف الحدود ولا يقتصر خطرها على إقليم دون آخر .

ويوصف التلوث بأنه الوريث الذي حل محل المجاعات والأوبئة في الأزمان الماضية وقد حذرنا الله تعالى من تعريض الأنفس للهلاك والموت قال تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا ان الله يحب المحسنين ﴾ [٢] .

والآية وإن نزلت في التقاعس عن الجهاد إلا أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، وبهذا العموم تشمل كل ما يؤدي إلى الهلاك ومنه التلوث بصوره المتعددة .

ومثل ذلك أيضاً قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما﴾ [٣] وقوله : ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ [٤] أي لا تمارسوا

---

(١) انظر : العلم ومشكلات الانسان المعاصر / زهير الكرمي ص ٢٢٧ وما بعدها - الكويت .

(٢) سورة البقرة - آية ١٩٥ .

(٣) سورة النساء - آية ٢٩ .

(٤) سورة الأنعام - آية ١٥١ .

الوسائل التي تؤدي إلى قتل النفس التي حرم الله ومنها افساد البيئة بالتلوث واستنزاف مواردها والإخلال بتوازنات أنظمتها .

ومما يتميز به الإسلام أنه أضفى صفة الحياة على كل مظاهر الكون قال تعالى : ﴿كل شيء هالك إلا وجهه﴾ [1] والهلاك لا يكون إلا للحي ، فالأشياء كلها لها حياة معينة ومن مظاهر حياتها أنها تسجد لله وتسبح بحمده وتنطق بعظمته قال تعالى : ﴿ وإن من شيء إلا يسبح بحمده ولكن لا تفقهون تسبيحهم ﴾ [2] وقال : ﴿ ياجبال أوبي معه والطير وألنا له الحديد ﴾ [3] وقال : ﴿ ولله يسجد من في السماوات والأرض طوعاً وكرهاً ﴾ [4] .

فما دام هذه الأشياء تسبح بحمد الله على الوجه الذي يعلمه الله فلا ينبغي التعدي عليها حتى ولو لم يترتب على ذلك ضرر بين ، فكيف إذا تسبب ذلك في إلحاق الأذى بالحياة والناس؟ قال تعالى : ﴿ ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين ﴾ [5] وهذا شامل للاعتداء على الانسان والنبات والحيوان .

---

(١) سورة القصص - آية ٨٨ .

(٢) سورة الاسراء آية ٤٤ .

(٣) سورة سبأ - آية ١٠ .

(٤) سورة الرعد - آية ١٥ .

(٥) سورة البقرة .

ومما يدخل في هذا السياق الأمر بالاعتدال في الانفاق واستهلاك موارد البيئة المتجددة وغير المتجددة للوقاية من تدهورها واستنزاف طاقاتها وبخاصة ما كان مشتركاً منها .

قال تعالى : ﴿ يابني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين ﴾ [1] ، وقال : ﴿ إن الله لا يهدي من هو مسرف كذاب﴾ [2] ، وقال : ﴿ كذلك يضل الله من هو مسرف مرتاب ﴾ [3] .

ومن الإسراف المؤثر على البيئة والمؤدي إلى تلويثها مثلاً الاسراف في استعمال المطهرات والمبيدات الحشرية والإسراف في استعمال المركبات التي تخرج الغازات السامة والخانقة والإسراف في الوقود وما ينتج عن عملية الاحتراق من آثار ضارة .

إن الإسراف وما ينشأ عنه من تلويث يؤثر سلباً على توازن عناصر البيئة، وقد أشار القرآن إلى ظاهرة التوازن في البيئة في آيات عديدة منها قوله تعالى : ﴿وأنبتنا فيها من كل شيء موزون ﴾ [4] ، وقوله : ﴿وخلق كل شيء فقدره تقديراً ﴾ [5] وقوله :

---

(١) سورة الأعراف - آية ٣١ .

(٢) سورة غافر - آية ٢٨ .

(٣) سورة غافر - آية ٣٤ .

(٤) سورة الحجر - آية ١٩ .

(٥) سورة الفرقان - آية ٢ .

﴿الشمس والقمر بحسبان﴾ [1] وقوله : ﴿إنا كل شيء خلقناه بقدر﴾ [2] وقوله : ﴿ لا الشمس ينبغي لها أن تدرك القمر ولا الليل سابق النهار وكل في فلك يسبحون﴾ [3] .

لم يخلق الله شيئاً جزافاً إنما بميزان وحسبان وتقدير وتدبير ، ينطبق ذلك على كل مكونات البيئة حية وغير حية من أصناف الحيوان والطير والحشرات والنبات والانسان والهواء والتربة والبحار ، وكل هذه العناصر تشكل وسطاً يتفاعل فيه كل عنصر مع الآخر يؤثر فيه ويتأثر به وتتكامل أدوارها بشكل متوازن دينامكي ، ويتجلى في ذلك تقدير العزيز العليم فإذا بقيت المقادير والنسب بين مكونات البيئة على طبيعتها وفطرتها ، بالاستعمال الرشيد ، والاستهلاك المقتصد بقيت الحياة منتظمة والبيئة صالحة وإذا حصل اختلال في تلك المقادير زيادة أو نقصاناً بشكل غير معتاد نتيجة نهم الإنسان وإسرافه وأنانيته ، ونتيجة جهله أو لغير ذلك من الأسباب دخل الضنك والحرج على الحياة وتعرضت لأخطار الأمراض والهلاك .

ب - وقد نهت السنة النبوية عن أعمال معينة تلحق الضرر بالبيئة بأشكالها المختلفة ، من ذلك :

قوله ﷺ : « اتقوا اللعانين ، قالوا : وما اللعانان يارسول الله؟ قال : الذي يتخلى

---

(١) سورة الرحمن - آية ٥ .

(٢) سورة القمرة - آية ٤٩ .

(٣) سورة يس - آية ٤٠ .

في طريق الناس أو في ظلهم»[1] والمراد باللعانين الأمران الجالبان للعن الحاملان الناس عليه والداعيان إليه ويقاس عليه كل أذى وإلقاء القاذورات والفضلات في الطرقات مما ينشر الروائح العفنة ويشوه منظر الشوارع ويساعد على انتشار الذباب والحشرات، ومنه كذلك التفل في الشارع وإلقاء أعقاب السجائر وقشور الفواكه وأكياس القمامة وإسالة المياه العادمة ونحو ذلك مما يعتبر ممارسات غير حضارية .

ومن ذلك قوله ﷺ: " لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يغتسل منه " [2] .

وقد نهى النبي ﷺ عن قتل الحيوان إلا لمأكلة، روى عبدالله بن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: " عذبت امرأة في هرة سجنتها حتى ماتت فدخلت فيها النار لا هي أطعمتها وسقتها ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض "[3] .

وفي الصحيحين أن ابن عمر رضي الله عنهما مر بجماعة من الصبية نصبوا دجاجة يرمونها أي جعلوها هدفاً يرمونه بالسهام فقال ابن عمر: ما هذا؟ إن رسول الله ﷺ لعن من فعل هذا[4] .

(١) رواه مسلم في كتاب الطهارة - أنظر : صحيح مسلم بشرح النووي ٢/ ١٦٤ .

(٢) رواه مسلم في كتاب الطهارة - انظر : صحيح مسلم بشرح الن،،ي ٢/ ١٩٠ .

(٣) رواه مسلم في كتاب البر والصلة والآداب - انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٨/ ٤٢٠ .

(٤) رواه البخاري في كتاب الذبائح والصيد، حديث رقم (٥٠٩١) ومسلم في الكتاب نفسه كذلك حديث رقم (٣٧١٨).

وذلك فضلاً عن الأحاديث التي تنهى عن الأذى والضرر بشكل عام كقوله ﷺ «لاضرر ولاضرار»[1]، وجوابه لمن سأل عن حق الطريق: «غض البصر وكف الأذى. . .» ويدخل في ذلك الإضرار بالبيئة.

وكان في وصية أبي بكر لجيوش الفتح أن لايقطعوا شجراً ولايقتلوا شاة أو بقرة.

جـ- إن القواعد الفقهية تقضي بتقديم درء المفاسد على جلب المصالح، وإن الضرر الأكبر يدفع بالضرر الأخف وأن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة عند التعارض، وانه ينبغي مراعاة الأولويات في تحقيق المصالح، فتقدم المصلحة الضرورية على الحاجية، وتقدم الحاجية على التكميلية، وعلى هذا فتمنع المشاريع الترفيهية والكمالية إذا كانت تؤدي إلى تلوث بيئي ضار، كما ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار كلفة التلوث البيئي في تقييم الجدوى الاقتصادية لمختلف المشاريع والاستثمارات في القطاعين الخاص والعام، والتنبه لتأثيرها على عوامل البيئة وتفاعلاتها وتوازنها ومحاولة جعل الضرر البيئي الناشيء عنها في حده الأدنى إن لم يكن تلافيه تماماً.

---

(١) حديث صحيح بشواهده رواه أحمد ١/ ٣١٣ وابن ماجة (٢٣٤١) والدارقطني (٥٢٢) وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٤/ ٣٨٤-٣٨٥.

المبحث الثالث
الوسائل الإيجابية التي أشار إليها الإسلام لحماية البيئة

نبه الإسلام على وسائل عديدة تسهم في حماية البيئة وإبقائها صالحة للحياة، من ذلك:

١ - الاهتمام بالنظافة والطهور والجمال، قال سبحانه: ﴿ إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين ﴾ [(١)] وقال ﷺ: "إن الله جميل يحب الجمال" وقال: "الطهور شطر الإيمان" [(٢)] وقد حث الاسلام على الوضوء والاغتسال واستعمال السواك والطيب ووسائل النظافة، والطهارة التي يحبها الله تشمل كل تطهير وتنظيف نظافة الجسد والبيئة من القاذورات والمخلفات والجرائم ونظافة الباطن من الحقد والأنانية والجشع، فالنظافة كل لا يتجزأ، وهي مطلوبة كمظهر جمالي وكوقاية صحية وينبغي استعمال سلاحها على جميع المستويات. وأن ينظر إليها كعملية تربوية يشارك فيها البيت والمدرسة والمجتمع ومؤسساته الرسمية وغير الرسمية وصولاً إلى إكساب الفرد عادات ومعايير سلوكية تنعكس على مفهوم النظافة واستخدامها والمحافظة عليها لمصلحة الفرد والمجتمع [(٣)].

---

(١) سورة البقرة - آية ٢٢٢.

(٢) رواه مسلم في كتاب الطهارة - ٢/ ١٠١.

(٣) انظر: العلم ومشكلات الانسان المعاصر / زهير الكرمي ص ٢٥٦.

٢ - توسيع نطاق التعبد في المفهوم الإسلامي ليشمل كل خير يقصد به الانسان وجه الله تعالى، وليس مقصوراً عى التعبديات الخاصة التي هي كيفيات محددة على خلاف الاطراد العرفي والاقتضاء العقلي، فمجال العبادة في الإسلام رحب واسع يدخل فيه ما يقدمه الانسان من جهد في إصلاح البيئة وزراعتها وإماطة الأذى عنها والمحافظة على ثرواتها.

من ذلك ما جاء في حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول ﷺ: " الإيمان بضع وسبعون شعبة أوبضع وستون شعبة فأفضلها قول" لا إله إلا الله وأدناها إماطة الأذى عن الطريق والحياء شعبة من الإيمان " [١].

وعن أبي برزة قال: قلت: يارسول الله: علمني شيئاً أنتفع به قال: " اعزل الأذى عن طريق المسلمين " [٢].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ" بينما رجل يمشي بطريق وجد غصن شوك على الطريق فأخره فشكر الله له فغفر له " [٣].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: " بينما رجل يمشي بطريق اشتد عليه العطش فوجد بئراً فنزل فيها فشرب ثم خرج فإذا كلب يلهث يأكل الثرى من العطش

(١) رواه مسلم في كتاب الإيمان - مسلم بشرح النووي ١/ ٢٧٨.

(٢) رواه مسلم في كتاب البر والصلة والآداب أنظر: مسلم بشرح النووي ٨/ ٤١٩.

(٣) رواه مسلم في كتاب البر والصلة والآداب أنظر: مسلم بشرح النووي ٨/ ٤١٨.

فقال الرجل : لقد بلغ هذا الكلب من العطش مثل الذي كان بلغ مني فنزل البئر فملأ خفه ماء ثم أمسكه بفيه حتى رقي فسقى الكلب فشكر الله له فغفر له : فقالوا : يارسول الله : وإن لنا في هذه البهائم لأجراً ؟ فقال : " في كل كبد رطبة أجر : "[1] .

إن قوله تعالى : ﴿وافعلوا الخير لعلكم تفلحون﴾[2] شامل لكل عمل إيجابي يستهدف المحافظة على البيئة بأشكالها المختلفة ، كما أن الصدقة الجارية التي تمد المرء بالحسنات بعد موته شاملة لما ينشئه المرء أو يساهم فيه من مشاريع عامة لحماية البيئة ، وقوله تعالى : ﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان﴾[3] يشمل بعمومه الإحسان في معاملة الأفراد والحيوانات والنبات والجماد . وقوله ﷺ : «إن الله يحب الرفق في الأمر كله»[4] وقوله : «إن الرفق لايكون في شيء إلا زانه ولاينزع من شيء إلا شانه»[5] يدخل تحته الرفق في البيئة بكل عناصرها .

٣ - حث الإسلام على الزراعة والتشجير ، ووعد عليه الأجر الجزيل ، لما يترتب عليه من فوائد جمة للناس والبيئة ، منها : تخضير الأرض وتثبيت التربة ووقف التصحر وتلطيف الجو وتنقية الهواء بالإضافة إلى زيادة الانتاج الزراعي الذي يقتات

(١) رواه مسلم في كتاب السلام - انظر مسلم بشرح النووي ٧/ ٥٠٢ .

(٢) سورة الحج- آية (٧٧).

(٣) سورة النحل - آية ٩٠ .

(٤) رواه البخاري في كتاب الأدب- باب الرفق في الأمر كله- رقم (٢١٦٥) .

(٥) رواه مسلم في كتاب البر والصلة والآداب- باب فصل الرفق- انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٨/ ٣٩١ .

منه الناس وكثير من الحيوانات والطيور .

عن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « ما من مسلم يغرس غرساً إلا كان ما أكل منه له صدقة وما سرق منه له صدقة وما أكلت الطير فهو له صدقة ولا يرزؤه [1] أحد إلا كان له صدقة » [2] .

وعن أنس قال : قال رسول الله ﷺ : " ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه طير وانسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة " [3] .

قال النووي : " في هذه الأحاديث فضيلة الغرس وفضيلة الزرع وان أجرنا على ذلك مستمر مادام الغراس والزرع وما تولد منه إلى يوم القيامة " [4] .

وللتشجيع على زراعة الأرض وإحياء مواتها قال ﷺ : «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» [5] . وجاء في صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال : «من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق» [6] .

---

(١) يرزؤه : ينقصه ويأخذ منه .

(٢) رواه مسلم – انظر : مسلم بشرح النووي ٥/ ٤٧٨ .

(٣) رواه مسلم – أنظر : مسلم بشرح النووي ٥/ ٤٨٠ .

(٤) مسلم بشرح النووي ٥/ ٤٨٠ .

(٥) أخرجه من حديث سعيد بن زيد أبو داود (٣٠٧٣) والترمذي (٣٧٧٨) والبيهقي ٦/ ١٤٢ وسنده قوي كما قال الحافظ في الفتح ٥/ ١٤ .

(٦) أخرجه الباري في كتاب المزارعة – باب من أحيا أرضاً مواتاً رقم (٢٣٣٥) .

٤ - أقر الإسلام نظام المحميات للمصلحة العامة ومنها حماية البيئة، فعن النبي ﷺ أنه قال: «لاحمى إلا لله ورسوله»[١] وقد حمى النبي ﷺ أرض النقيع[٢] بمنطقة المدينة.

جاء في كتاب تحرير الأحكام لابن جماعة: "يجوز للسلطان أن يحمي بقعة من الموات لرعي إبل الصدقة والجزية وخيل المجاهدين ومواشي الفقراء والضعفاء عن الإبعاد في طلب النجعة لأن النبي ﷺ حمى النقيع وحمى أبو بكر رضي الله عنه الربذة وحمى عمر رضي الله عنه من السرف"[٣].

بل يمكن أن نعتبر تحريم الصيد وقطع الشجر والنبات في أرض الحرمين نوعاً من المحميات المبكرة في الإسلام، وإن كان في أصله من الأمور التعبدية التوقيفية.

عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ يوم الفتح فتح مكة: «إن هذا البلد حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة.... لا يعضد[٤] شوكه ولا ينفر صيده ولا يلتقط لقطته

(١) أخرجه البخاري في كتاب المساقاة- باب لاحمى إلا لله ورسوله حديث رقم (٢٣٧٠).

(٢) قال النووي: النقيع بالنون عند الجمهور وهو الصواب وقيل: بالباء الموحدة وبقيع الغرق بالباء قطعاً- الروضة: ٥/ ٢٩٢ والنقيع على نحو عشرين ميلاً من المدينة في صدر وادي العقيق - انظر: تهذيب الأسماء للنووي ٢/ ١٧٧.

(٣) انظر: تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلامي لابن جماعة ص١١٧.

(٤) لا يعضد: لا يقطع.

إلا من عرفها ولا يختلى خلاها " فقال العباس : يارسول الله إلا الإذخر [1] فإنه لقينهم [2] وبيوتهم فقال : إلا الإذخر " [3] .

وعن جابر قال : قال النبي ﷺ : " إن إبراهيم حَرَّم مكَّة وإني حَرَّمت المدينة ما بين لابتيها [4] لا يقطع عضاها [5] ولا يصاد صيدها " [6] .

فللدولة أن تنشىء المحميات المختلفة لحماية البيئة .

كما أقر الإسلام نظام الحجر الصحي للمحافظة على البيئة الصحية والحيلولة دون انتشار الأوبئة فعن أسامة بن زيد قال رسول الله ﷺ : " الطاعون آية الرجز ابتلى الله عز وجل به ناساً من عباده فإذا سمعتم به فلا تدخلوا عليه وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تفروا منه " [7] .

والإسلام يعطي ولي الأمر صلاحية اتخاذ التدابير الضرورية لحماية البيئة ، في حدود المصلحة العامة ، ولا يعتبر ذلك تعدياً على حقوق الأفراد ، كما لا يعتبر منافياً

(١) الاذخر : نبت معروف طيب الرائحة .

(٢) القين : الحداد والصائغ .

(٣) رواه مسلم أنظر : مسلم بشرح النووي ٥/ ١٣٥ .

(٤) اللابتان : الحرتان .

(٥) العضى : كل شجر فيه شوك وأحدها عضاهة وعضيهة .

(٦) رواه مسلم في كتاب الحج - أنظر : مسلم بشرح النووي ٥/ ١٤٦ .

(٧) رواه مسلم في كتاب السلام - أنظر : مسلم بشرح النووي ٧/ ٣٩ .

للتوكل والإيمان، قال ﷺ: «احرص على ما ينفعك ولا تعجز»[1].

٥ - شجع الإسلام العمل الجماعي لحماية البيئة من خلال قوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾[2] فينبغي التعاون بين الشعوب في المجالات البيئية ودعم مراكز الأبحاث والمنظمات المتخصصة في علوم البيئة لإيجاد حلول للمشاكل المتعلقة بالتدهور البيئي الذي يعوق مسيرة التنمية في دول العالم وبخاصة النامية منها.

وختاماً نجد أن الإسلام أولى البيئة عناية خاصة وشرع الأحكام والتوجيهات البيئية الرائدة، وسجل في بعض هذه التوجيهات سبقاً زمنياً ينطق بعظمة هذا الدين ومواءمته لمقتضيات التطور والارتقاء.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

(١) من حديث رواه ابن ماجة رقم (٤١٥٨) وأحمد رقم (٨٤٣٦و٨٤٧٣).

(٢) سورة المائدة - آية (٢).

حماية العامل في فترة الاختبار
دراسة مقارنة
في القانون المصري والفرنسي والإماراتي

إعداد

الدكتور محمد إبراهيم بنداري *

---

* أستاذ القانون المدني المساعد بجامعة الأزهر والمعار حالياً لكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

ملخص البحث

فترة الاختبار يمكن تعريفها بأنها هي الوقت الذي يسري بين البدء الفعلي في العمل والعمل النهائي والتي يمكن خلالها إنهاء العقد بالإرادة المنفردة بدون اللجوء إلى القضاء . ولقد ضمن القانون العامل فترة الاختبار حماية كبيرة سواء من حيث كيفية الاتفاق عليها أو عند إنهاء رب العمل للعقد أو عند تحول العقد إلى عقد نهائي . فلقد أوجب القانون أن يكون الاتفاق على فترة الاختبار صريحاً ومكتوباً بحيث لايجوز إثبات الاختبار بغير الكتابة . وبهذا فإن القانون الإماراتي - وكذلك المصري- قد وفر حماية للعامل حماية أكيدة لا تتوافر في دول أخرى كفرنسا . كما تضمن القانون الإماراتي حماية العامل من ناحية وضع حد أقصى لفترة الاختبار .

ويلاحظ أن القانون في سبيل حماية العامل قد قرر أنه إذا انتهت فترة الاختبار بنجاح أي لم يُنْه رب العمل العقد خلالها فإن عقد العمل يتحول إلى عقد عمل عادي مع حساب فترة الاختبار ومع ذلك فإننا نوصي في ختام بحثنا وجوب تدخل المشرع الإماراتي لتقصير فترة الاختبار خاصة بالنسبة للعمال اليدويين أو الذين يحتلون وظائف دنيا في السلم الوظيفي حيث إننا نرى أن مدة الستة أشهر تعتبر طويلةبالنسبة لهذه النوعية من العمال .

وكذلك من المفضل النص على وجوب إخطار العامل قبل إنهاء عقده خلال فترة الاختبار .

مقدمة:

تحديد موضوع البحث وأهميته:

إذا كان العامل في حاجة إلى الحماية القانونية باعتباره الطرف الضعيف في العقد، فإنه أحوج ما يكون إلى هذه الحماية إذا كان عقد عمله بشرط الإختبار، خاصة وأن عقود العمل في الآونة الحالية كثيراً ما تنص على شرط للإختبار [(١)] ، وذلك حتى يتمكن رب العمل من الحكم على مدى صلاحية العامل لشغل الوظيفة المرشح لها بمقتضى عقد العمل. كما يتمكن العامل أيضاً من الوقوف على مدى مناسبة العمل له، بحيث أنه في ضوء نتائج التجربة يمكن للطرفين أن يقررا بحرية كاملة ما إذا كان من مصلحتهما المضي في العقد أو إنهائه بشروط ميسرة [(٢)] .

ولذلك فإن شرط الاختبار يمثل خطورة كبيرة بالنسبة للعامل، فهي بالنسبة له مصدر خوف كبير حيث إنه على حد تعبير البعض [(٣)] " يجب على العامل أثناء شرط الاختبار إرضاء رب العمل أو البحث عن رب عمل آخر " .

---

(١) ولذلك لم تصدق نبوءة الأستاذ الدكتور محمد حلمي مراد التي قال بها منذ ما يقرب من نصف قرن إذ تنبأ " بأنه من المنتظر مع زيادة العناية الموجهة للإعداد المهني التي ستضمن الكفاية الفنية للعمال أن يفقد العقد تحت الإختبار أهميته بالنسبة لأصحاب الأعمال. كما أن تقدم تشريعات العمل وانتشار عقود العمل المشتركة . . . . سيؤدي إلى فقدان العقد تحت الاختبار لمنفعته بالنسبة للعمال أيضاً " . محمد حلمي مراد . قانون العمل. الطبعة الثانية سنة ١٩٥٣ص ١٩٢ هامش رقم ١ .

(٢) أي - كقاعدة - بدون إخطار أو تعويض كما سنرى.

(٣) Philippe Auvergnon les ruptures en période d'essai. dr. soc. sept-oct. 1992.p.796.

ولاشك أن عقد العمل بشرط الاختبار بهذا المعنى يرد على خلاف الأصل، إذ القاعدة أن العقد يلزم طرفيه عادة بصفة نهائية [1]، ولا يجوز لأحدهما أن يستقل بإنهائه بإرادته المنفردة.

وعلى الرغم من هذه الأهمية العملية لعقد العمل بشرط الاختبار، فإن تقنين العمل الفرنسي لم يتضمن نصاً عاماً ينظم العقد خلال هذه الفترة [2].

وبسبب هذا القصور التشريعي شبه الكامل في تقنين العمل الفرنسي، فإن الفقه يشير في هذا الصدد إلى أهمية اتفاقيات العمل الجماعية [3].

وكذلك حاول القضاء الفرنسي في خلال الخمسين سنة الماضية تشييد نظام قانوني يتضمن كثيراً من القواعد التي تحكم فترة الاختبار، وهذا ما يشهد به التطور

---

(١) أستاذنا الدكتور حسام الدين كامل الأهواني . شرح قانون العمل سنة ١٩٩١ رقم ٣٤٤، محمود جمال الدين زكي. عقد العمل في القانون المصري الطبعة الثانية سنة ١٩٨٢ ص٦٧٦ . وفي الفقه الفرنسي:

G.H.camrelynck. le contrat de travail. 2e édition Dalloz 1982. No 155, André Brun et Henri Galland. droit du travail 2 éd. Tome 1. les Rapports individuels de travail No 416.

(٢) ومع ذلك فهناك نصوصاً متفرقة تخص بعض فئات العمال . من ذلك النص الذي يجيز مدة اختبار ثلاثة أشهر بالنسبة للممثلين التجاريين Representants de commerce : (Art.L.751-6) وكذلك عقد التدرج apprentissage الذي يكون فيه الشهران الأولان فترة اختبار يجوز خلالها لكلا الطرفين إنهاء العقد (Art.L.113-1).

(٣) RIbettes et wibault. la période d'essai dans les conventions collecteives. dr.soc.Mai 1968.p.299 et s.

الكبير في الأحكام القضائية، ولعل هذا ما عناه أحد الفقهاء الفرنسيين بقوله: " لقد نشأ نظام التعهد تحت الاختبار من الحاجة العملية إليه وتكون نطاقه تدريجياً في القضاء "[1].

وإذا كان هذا هو الوضع في فرنسا فإن الحال في مصر أسعد حظاً حيث تضمن قانون العمل الحالي نصاً وحيداً ينظم عقد العمل بشرط الاختبار، وكذلك الشأن في القانون الإماراتي[2].

ومن هنا كان اهتمامنا ببحث القواعد المتعلقة بحماية العامل أثناء فترة الاختبار، وذلك نظرا لما تتضمنه هذه الفترة من قلق وعدم طمأنينة بالنسبة للعامل.

خطة البحث:

لاشك أن دراسة موضوع حماية العامل في فترة الاختبار تقتضي أن نعرض في باديء الأمر لتعريف فترة الاختبار وتمييزها عن غيرها، ثم نتكلم بعد ذلك عن حماية العامل فيما يتعلق بالاتفاق على شرط الاختبار، ثم نعقبه بعد ذلك بالكلام عن حمايته من إنهاء العقد غير المبرر في فترة الاختبار.

---

(١) Guy poulain. la liberté de rupture en Période d'essi dr. soc. NOV. 1980.

(٢) المادة ٣١ من قانون العمل المصري وهي تطابق المادة ٣٣ من مشروع قانون العمل الموحد، والمادة ٣٧ من قانون العمل الاتحادي الإماراتي وذلك باستثناء أن المدة ستة أشهر في القانون الإماراتي. وسيأتي ذكرهما فيما بعد.

ولقد رأيت دراسة هذا الموضوع دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والإماراتي . وبناء على ذلك قسمت هذا الموضوع إلى مبحث تمهيدي وفصلين وخاتمة على النحو الآتي :

المبحث التمهيدي : تعريف فترة الاختبار وتمييزها عن غيرها .

الفصل الأول : الحماية المتعلقة بالاتفاق على شرط الاختبار .

الفصل الثاني : الحماية المتعلقة بإنهاء العقد بشرط الاختبار .

الخاتمة : تتضمن أهم نتائج البحث والمقارنة .

المبحث التمهيدي
مضمون عقد العمل بشرط الاختبار وتمييزه عن غيره

١ – تمهيد وتقسم:

لعله من المنطقي أن نبدأ دراسة موضوع حماية العامل في فترة الاختبار بتحديد مدلول عقد العمل بشرط الاختبار، حتى يتسنى لنا تمييزه عن غيره من النظم القانونية التي تشابهه أو تختلط به . كالإختبار المهني وعقد التمرين والوعد بعقد العمل .

وبناء على ذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : تعريف فترة الاختبار .

المطلب الثاني : تمييز عقد العمل بشرط الاختبار عن غيره .

المطلب الأول
مفهوم عقد العمل بشرط الاختبار

٢ – عدم شيوع المصطلح في الفقه المصري:

جرت عادة الشراح على دراسة هذا العقد تحت اسم عقد العمل بشرط الاختبار، وذلك دون أن يضعوا – في الغالب – تعريفاً محدداً لهذا المصطلح، ومع ذلك فإن القليل منهم قد عرفه بأنه اتفاق يتم بين كل من العامل ورب العمل على أن يكون عقد العمل تحت الاختبار لمدة معينة وليس باتاً فيكون لكل منهما إنهاؤه العقد إذا

لم يرض عن نتيجة الإختبار [1].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه يجعل من شرط الاختبار بمثابة وصف يلحق بالالتزام، في حين أن الحقيقة غير ذلك. فهو عقد عمل عادي مشتمل على بند أو شرط [2]. كما أن هذا التعريف من جانب آخر لم يوضح لنا ما هية شرط الاختبار وإن كان قد أبرز ما يترتب عليها من نتائج وهي سلطة إنهاء العقد من جانب أي من العاقدين.

ومع ذلك يلاحظ أن بعض اتفاقيات العمل الجماعية Conventions Colletives في فرنسا قد اهتمت بوضع تعريف محدد لفترة الاختيار. ومن ذلك الاتفاقية الجماعية لنقل البضائع بالسكك الحديدية التي عرفت فترة الاختبار بأنها " هي الوقت الذي يسري ما بين البدء الفعلي في العمل وعقد العمل النهائي " [3]. هذا تعريف وارد في اتفاقيات عمل جماعية.

---

(١) محمد علي عمران. الوسيط في شرح قانون العمل الجديد. مكتبة سعيد رأفت. ص ١٠٩ ، أحمد حسن البرعي. الوسيط في القانون الاجتماعي. الجزء الأول. دار النهضة العربية بالقاهرة سنة ١٩٩٧ ص ٤٧٨ ، علي حسين نجيدة، الوجيز في قانون العمل والتشريعات الاجتماعية لدولة الإمارات العربية المتحدة. الطبعة الأولى ١٩٩٨ ص ٣٠٣.

(٢) وسيتضح الأمر أكثر من خلال الدراسة.

(٣) Le C.C.N. manutention ferroviaire. Art. 15,en meme sens la C.C.N. transports routiers. art. 11.

ويذكر للتعريف الوارد في هذه الاتفاقية أنه أبرز أن فترة الاختبار تأتي دائماً في بداية عقد العمل، وأنها تعتبر بدءاً فعلياً في العمل، ولاشك أن لهذا أهميته من ناحية حساب أقدمية العامل في العمل، كما أن لهذا أهميته في التمييز بين فترة الاختبار في عقد العمل، والاختبار المهني الذي يسبق إبرام عقد العمل.

ومع ذلك يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يبرز لنا الأثر الجوهري لفترة الاختبار، وهو حرية إنهاء العقد بلا إخطار وبدون تعويض. ولذلك يجب أن يضاف في التعريف عبارة مع تخويل كلا المتعاقدين حرية إنهاء العقد بالإرادة المنفردة وذلك حتى يكتمل المفهوم.

٣ – تفضيلنا لمصطلح عقد العمل بشرط الاختبار:

جرى أغلب الفقه والقضاء على إطلاق اسم " عقد العمل تحت الاختبار " أو " التعهد تحت الاختبار "، على عقد العمل الذي يضمنه المتعاقدان بنداً أو شرطاً للاختبار clause. وبمعنى آخر على العقد الذي يشتمل على فترة للإختبار [١].

ولاشك أن هذا المصطلح على الرغم من شيوعه فقهاً وقضاءً إلا أنه -في رأينا- مصطلح يؤدي إلى اللبس، إذ قد يوحي أن هناك عقداً تحت الاختبار يتميز ويختلف عن العقد النهائي، في حين أنه لا يوجد في الحقيقة إلا عقد عمل عادي من البداية، غاية ما هنالك أنه يشتمل بين بنوده على بند أو شرط ينص على فترة للاختبار.

(١) يكفي مراجعة أي مرجع من المراجع المشار إليها آنفاً أو لاحقاً في هذا الشأن.

ولعل هذه التسمية لاقت تأييداً لدى بعض الفقه المصري [1]، وبعض الفقه الفرنسي [2]، كما أن هذه التسمية هي الشائعة عموماً في اتفاقيات العمل الجماعية في فرنسا [3]، فهذه الاتفاقيات لا تتكلم عن عقد عمل تحت الاختبار ولكن عن فترة اختبار Période d'essi في عقد عمل عادي بعيداً عن أوصاف الالتزام [4].

٤ - مزايا فترة الاختبار:

لا شك أن اشتمال عقد العمل على فترة اختبار يحقق مزايا لكل من العامل ورب العمل: فهذا الأخير يستطيع أن يحكم بعد تجربة على الكفاية المهنية للعامل، ومدى ما يتمتع به من ثقة وإخلاص، واستعداده لمسايرة العمل في المشروع، ومدى قدرته على التكييف والانسجام مع باقي فريق العمل.

كما يتمكن العامل من الوقوف بطريقة عملية واضحة على ظروف العمل، ومدى مناسبة ما يحصل عليه من أجر مع ما يبذله فعلاً من جهد، ومدى توافقه النفسي مع رب العمل أو مع بقية العاملين في المشروع. وبذلك يستطيع الطرفان في هذه العلاقة التي تقوم على الاعتبار الشخصي بدرجة كبيرة - أن يزنا وزناً دقيقاً فائدة

(١) أستاذنا الدكتور حسام الأهواني ، رقم ٣٥١ ، محمد لبيب شنب ، شرح قانون العمل . الطبعة الرابعة دار النهضة العربية ١٩٨٣ . رقم ٩٦ .

(٢) Alain c aille. la rupture du contrat de travail p.118, Auvergnon . p.796, camerlynck. contrat de. no 158.

(٣) Ribettes et wibault. p. 300.

(٤) ولعل الأمر سيتضح أكثر عند الكلام عن الطبيعة القانونية للعقد المتضمن فترة الاختبار .

الاستمرار في علاقة العمل، أو استعادة كل منهما حريته بدون اتباع إجراءات معينة وبدون أدنى مسئولية يمكن أن يخضع لها [1].

ومع ذلك فإنه يجب ملاحظة أن فائدة التجربة تبدو - من الناحية العملية - ثانوية بالنسبة للعامل، إذا قورنت بفائدتها بالنسبة لرب العمل، إذ أن مهمة الاختبار هي أساساً وفي المقام الأول تكون لمعرفة مدى كفاءة أو صلاحية العامل للوظيفة المرشح لشغلها بصفة نهائية [2].

المطلب الثاني

تمييز عقد العمل بشرط الاختبار عن غيره

٥ - تمهيد:

لعله من المفيد أن نميز بين عقد العمل بشرط الاختبار وغيره من الأنظمة القانونية التي قد تختلط به، ولذلك فإننا نميز بين فترة الاختبار في عقد العمل، وبين الاختبار أو الامتحان المهني الذي قد يجريه رب العمل للعامل قبل أن يلتحق بالعمل أي قبل

---

(١) محمد حلمي مراد رقم ١٩٦ ، حسن كيرة رقم ١٣٧ ، توفيق حسن فرج . قانون العمل في القانون اللبناني والمصري الجديد. الدار الجامعية ١٩٨٦ ص ٢٦٨ ، همام محمد محمود زهران. قانون العمل . عقد العمل الفردي دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٨ ص ١٦٣ . وفي الفقه الفرنسي :
Gerard Lyon-caen, j ean Pélissier et Alain Supiot. droit du travoil. 17e éd 1994. no 206, Brun et Galland . no 415 , camerlynck. encycl. Dalloz. contrat de travail "conclusion" No 104;Goldt et camerlynck. les contrats de travail dans les pays membres de la C.E.C.A. No 65.

(٢) Héléne sinay. le travail a l'essai. dr. soc. Mars 1963.P.150.

إبرام العقد. كما نفرق بين العمل بشرط الاختبار وبين التدريب المهني، وأخيراً نميز بينه وبين الوعد بعقد العمل وذلك على النحو الآتي:

٦ – فترة الاختبار والامتحان المبدئي:

ويجب عدم الخلط بين فترة الاختبار التي قد يتفق عليها الطرفان في عقد العمل، وبين الامتحان المبدئي أو التمهيدي الذي قد يجريه رب العمل للمرشح للوظيفة وذلك قبل التعاقد معه. ومثال ذلك الامتحان الذي قد يجريه رب العمل لعامل مرشح للعمل ككاتب آلة كاتبة فيقوم بالكتابة لعدة دقائق مثلاً حتى يستطيع رب العمل أن يتبين مدى كفاءته[١]. ففي الاختبار المهني أو المبدئي ينفذ العامل مهمة جزئية مماثلة للعمل المرشح له وذلك قبل أن يتعاقد مع رب العمل أصلاً، ويكون ذلك عادة لفترة قصيرة جداً – بصفة عامة – تستغرق على الأكثر عدة ساعات، ويكون ذلك عادة بدون أجر [٢]. على عكس فترة الاختبار التي تكون لمدة أطول وتكون بأجر.

(١) وكذلك الشأن بالنسبة لعامل خياطة ملابس، أو محاسب مثلاً. يراجع في الفقه الفرنسي:
Jean - claude Javillier. manuel droit du travail . 5e ´edition L.G.D.J. 1990 No 173.

(٢) ومع ذلك فإن بعض الاتفاقيات الجماعية تفرض على رب العمل أن يوفي للعامل أجراً عن مدة امتحانه يعادل الحد الأدنى للأجور. من ذلك الاتفاقية المتعلقة بالصناعات الميكانيكية في إقليم باريس: C.C.N d'industerie mécanique . art. 2. فهذه الاتفاقية تنص على أنه إذا زادت فترة الاختبار المهني عن ثلاث ساعات فإن العامل يستحق أجراً عن مدة امتحانه طبقاً للأجر المتعارف عليه في المهنة .sinay.p.150

ولا شك أن فترة الامتحان الأولى لا تثير مشاكل تذكر على صعيد حقوق العامل في قانون العمل، أو على صعيد قانون الضمان الاجتماعي sécurité sociale لعدم الارتباط بأي عقد خلال هذه الفترة.

كما أنه من المسلم أن رب العمل هو الحكم الوحيد Juge seul بالنسبة لتقدير نتائج الامتحان المبدئي. وإذا كان اعتبار رب العمل هو الحكم الوحيد لم يعد يطبقها القضاء تماماً بالنسبة لفترة الاختبار في عقد العمل، فإنه لا أقل من أن يترك لرب العمل حرية التقدير الكاملة في مدى كفاءة المرشح للعمل [(١)].

ويلاحظ أن الاختبار التمهيدي أو المبدئي يسمح بسهولة في معرفة مدى صلاحية العامل اليدوي أو الفني، في حين أن مثل هذا الامتحان قد يكون عديم الفائدة تقريباً بالنسبة للمرشحين للعمل في وظائف عليا، حيث لا يمكن الحكم على صفاتهم وكفاءتهم إلا بعد وقت معين من العمل [(٢)]، وذلك لدخول عنصر المقومات الشخصية في مثل هذه الوظائف. وهنا يأتي دور فترة الاختبار للكشف عن الجوانب التي لم تكف اللقاءات والاختبارات المبدئية للدلالة عليها [(٣)].

(١) Jean - claude Javillier No 173 et 174; cons. Prud.h d'appel de Gand 20 juin 1955. Rev. dr. trav. 1955.p. 1083.

(٢) Ribettes et Wibault.p. 300.

(٣) همام محمود ص ١٦٢ .

ولعل ما يميزكذلك فترة الاختبار في عقد العمل عن الامتحان المهني الذي يخضع له العامل قبل إبرام عقد العمل أن اجتياز العامل بنجاح لهذا الامتحان المهني لا يمنع من خضوعه بعد ذلك لفترة اختبار [1]. عندما يتم التعاقد معه، وذلك بهدف استكمال أو تأكيد المؤشرات التي ظهرت من خلال الامتحان المبدئي، بل إنه من المعتاد إجراء هذا الامتحان المبدئي قبل التعاقد مع العامل على العمل بشرط الاختبار [2].

والخلاصة أن الامتحان المبدئي للعامل يختلف عن فترة الاختبار في عقد العمل في أن الأولى تتم مع العامل قبل التعاقد معه أصلاً، ولذلك فهي لا تثير مشاكل على صعيد قانون العمل أو قانون الضمان الاجتماعي، كما أن اجتياز العامل لهذا الامتحان المبدئي لا يمنع من خضوعه لفترة اختبار بعد ذلك عندما يتم التعاقد معه [3].

---

(١) Sinay .P. 151.

(٢) Sinay .P. 151.

(٣) وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الغالب أن رفض الارتباط بعقد العمل على إثر الاختبار المبدئي يأتي من جانب رب العمل لعدم رضائه عن نتيجة هذه المقابلات الأولية، فإن هناك بعض الحالات وإن تكن قليلة قد تم رفض الارتباط بعقد العمل بعد هذه المقابلة من جانب العامل المرشح (طالب العمل) بالنظر لكونه أقل مزايا بالنسبة لعروض أخرى بالعمل أمامه، أو لكون ظروف العمل من حيث الأجر أو المواعيد لاتناسبه. أنظر في ذلك همام محمد محمود زهران مرجع سابق الإشارة إليه ص ١٦٢ هامش رقم ١.

٧ - تميز فترة الاختبار عن التدريب المهني:

ويختلف كذلك عقد العمل بشرط الاختبار عن عقد التدريب Stage de formation professionnelle من حيث الهدف والمحل في كل منهما : فالهدف من فترة الاختبار - كما سبق - هو التحقق من مدى صلاحية العامل للعمل من وجهة نظر رب العمل ، أو التحقق من مدى مناسبة ظروف العمل بالنسبة للعامل . ولذلك فإن فترة الاختبار ترد في عقد عمل عادي ، غير أنه يجوز بمقتضى شرط الاختبار للطرفين أوأحدهما إنهاء العقد إذا لم يرض عن نتيجة الاختبار . فالفرض إذن أن العامل يستطيع أداء العمل المطلوب أو على الأقل يدعي استطاعته [١] .

أما الهدف من التدريب فهو أساساً تعليم العامل مهنة أو حرفة معينة : فالعامل يجهل أو لا يتقن أصول مهنة أو فن معين ، في حين أن رب العمل يجيد هذا الفن أو تلك المهنة ، فيتفقان على أن يقوم الثاني بتعليم الأول أو بتلقينه أصول هذه المهنة أو ذلك الفن [٢] .

كما يختلفان كذلك من حيث محل كل منهما : فالمحل في عقد العمل بشرط الاختبار هو العمل الذي يؤديه العامل لحساب رب العمل ، ولذلك تطبق عليه قواعد عقد العمل . أما المحل في عقد التدريب المهني هو قيام رب العمل بتلقين العامل

---

(١) لبيب شنب رقم ٨٧ .

(٢) حسن كيرة رقم ١٣٧ ، أحمد حسن البرعي ص ٤٧٩ ، أحمد شوقي المليجي . الوسيط في التشريعات الاجتماعية سنة ١٩٨٤ ص ١٥٦ .

المتدرب أصول المهنة أو الحرفة التي يتدرب فيها، ولذلك فهو ليس عقد عمل ولا يطبق عليه أحكام عقد العمل [١] .

ولذلك فإن العامل المتدرب في مشروع معين لا ينشأ له حق إبرام عقد عمل بينه وبين هذا المشروع الذي تدرب فيه [٢] . وذلك حتى لو كان التدريب إجبارياً مفروضاً من المشرع بالنسبة لشغل بعض الأعمال، وذلك كما هو الحال بالنسبة للمثلين التجاريين، أو بالنسبة للعمل في البنوك أو في مجال التأمين حيث تفرض عادة فترة تدريب مهني قبل التثبيت في الوظيفة [٣] .

وبناء على اختلاف هدف الاختبار عن هدف التدريب، فإنه لا يجوز الادعاء بأن شهادة التدريب أو التأهيل المهني التي يحصل عليها المعوق بعد فترة تدريبه تغني عن خضوعه لفترة اختبار، عندما يتم التعاقد معه [٤] .

ولذلك حكمت محكمة شمال القاهرة الابتدائية بأن " قبول العامل ترشيحه للتدريب على أعمال الشركة بعقد تدريب ينفي إدعاءه بسبق ارتباطه بعلاقة عمل معها، فعقد التدريب كما هو معلوم عقد تعليمي لا ينشيء رابطة عمل ولا يلزم

---

(١) Antoine Colens. le contrat d'emploi. 4e éd. Brutlles 1967. No 85; Ribettes et wibault P.300; soc 29 Mai 1962. J.C.P. 1962.11. 12825. Note G.H.C.

(٢) cons. prud,h valenciennes, 1 juin 1982. cahiers. prud,h. 1982/7.P.115.

(٣) Camerlynck. encycl. D.No 119; soc 29 Nov 1978. Bull. civ. V.No 508.

(٤) محكمة قليوب ٢٤ يونيو ١٩٦٣ موسوعة الهواري الجزء الثاني ص ١٢٨ رقم ١٣٦ .

الشركة في حالة النجاح فيه بتشغيله عاملاً، فالتدريب مرحلة سابقة ومختلفة عن فترة الاختبار وعقد الاختبار " [1].

ويترتب على ما سبق أنه لا يجوز ضم مدة التمرين إلى مدة الاختبار وذلك لوجود انفصال تام بينهما. ولذلك يكون ادعاء العامل بأن الشركة قد خالفت الحد الأقصى لفترة الاختبار، بناء على ضمه فترة التدريب إلى فترة الاختبار التي قضاها في الشركة هو إدعاء باطل لا يقوم على أساس من القانون ويتعين رفضه [2].

ولكن يجب لعدم ضم المدتين (الاختبار والتدريب) أن يتبين للقاضي أن المقصود هو فترة تدريب حقيقي، بحيث إذا اتضح للقاضي غير ذلك فإن من حق القاضي أن يعتبر التدريب هو في حقيقته اختبار، ويطبق عليه أحكام فترة الاختبار في هذه الحالة [3].

وبناء على ذلك فإن القاضي لا يتقيد بالتسمية الخاطئة التي يصف بها المتعاقدان العقد، وإنما يجب عليه إعطاء العقد وصفه الصحيح بحسب شروط التعاقد وظروفه

---

(١) محكمة شمال القاهرة الكلية ٢٠/ ٣/ ١٩٧٧ القضية رقم ٩٣٨/ ٧٤ . قضاء العمل لحسن بسيوني ص ١٧١ - ١٧٢ . القاعدة رقم ٢٠ .

(٢) هيئة التحكيم بمحكمة استئناف القاهرة في النزاع رقم ١١ لسنة ١٩٥٨ جلسة ١٥/ ٦/ ١٩٥٨ . محمد عزمي البكري . مدونة الفقه والقضاء في قانون العمل الجديد . جـ ١ طبعة ١٩٨٥ ص ٦٧٣ رقم ٤٧١ .

(٣) Soc. 17 Mars 1990 RJS. 1990/4 No 267.

وقصد العاقدين [١].

٨ – تمييز العمل بشرط الاختبار عن عقد الوعد بالعمل:

ولا يجوز الخلط -أخيراً- بين عقد العمل بشرط الاختبار وبين عقد الوعد بالعمل [٢] وهو ما يطلق عليه promesse unilaterale de contrat du travail. ففي الأول يوجد عقد عمل مكتمل الأركان ويلتزم فيه طرفاه بكافة الالتزامات الناشئة من عقد العمل. أما في الثاني فلا نكون بصدد عقد عمل، بل مجرد وعد بالعمل

(١) نقض مدني ٢٤/ ٢/ ١٩٧٦. مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ٤٨٨.

ولذلك إذا أطلق المتعاقدان على عقدهما وصف عقد التمرين، في حين أن عقدهما في الحقيقة كما يتضح من ظروف العقد وشروطه أنه عقد اختبار، فيجب على القاضي إعطاء العقد وصفه الصحيح، غير آبه بالتسمية التي أطلقها المتعاقدان. أنظر في ذلك: محكمة القاهرة الابتدائية ١٢ فبراير ١٩٥٢. المحاماة س ٣٣. رقم ٥٦٢ ص ١٢٩٦.

ولا شك في صحة ذلك لأنه من المستقر عليه أن التكييف يدخل في صميم عمل القاضي دون تقيد بالوصف أو الإسم الذي أطلقه المتعاقدان. بل إن ذلك يعتبر عملية قانونية يخضع فيها لرقابة محكمة النقض.

(٢) تنص المادة ١٠١ من القانون المدني المصري على أن " ١ – الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أوأحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها ٢ – وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد " وتضمنت المادة ١٠٢ حكم النكول عن الوعد. وهاتان المادتان تطابقان المادتان ١٤٦، ١٤٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أما القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة ١٥٨٩/ ١ بخصوص الوعد بالبيع على أنه " الوعد بالبيع يساوي البيع إذا وجد هناك رضاء متبادل من الطرفين على المبيع والثمن ".

ملزم لجانب واحد (العامل أو رب العمل)، ويكون الطرف الآخر حراً في إعطاء قبوله أو رفض إعطائه . وإلى حين إعلان الموعود له عن رغبته بالموافقة، فلا نكون بصدد عقد عمل [١]، وإنما مجرد وعد بالعقد [٢]

والخلاصة أنه طالما لم يبد الموعود له رغبته في إبرام عقد العمل فلا يوجد هذا العقد ولا تترتب عليه آثاره، ويخضع في ذلك للقواعد العامة في القانون المدني وليس لأحكام عقد العمل [٣]

٨ مكرر – خلاصة وتعليق :

والخلاصة أن عقد العمل بشرط الاختبار يتميز بوضوح عن الاختبار أو الامتحان المهني " المبدئي " الذي يجريه رب العمل قبل التعاقد مع العامل أصلاً وذلك للكشف عن مدى صلاحيته المبدئية على القيام بالعمل ولذلك فإنه يكون بدون أجر عادة على خلاف شرط الاختبار فإنه يرد في عقد عمل عادي ويكون أجر العامل مستحقاً بالكامل خلال هذه الفترة . كما يتميز العمل بشرط الاختبار عن التدريب المهني في أن هذا الأخير حتى لو أثبت العامل كفاءته فيه فإن رب العمل لا يلتزم بالتعاقد مع العامل . كما أنه إذا تعاقد مع العامل فإنه يكون من حقه أن يشترط فترة

(١) أستاذنا الدكتور حسام الأهواني . رقم ٣٤٢ ، همام محمود ص ١٦٣ وفي الفقه الفرنسي :
Brum et Galland. No 417.

(٢) وهو من مقدمات عقد العمل .

(٣) Cass. civ. 16 Nov. 1927. D.P.1928.1.33. Note Rouast.

اختبار في العقد. فالتدريب المهني لا يغني عن شرط الاختبار. كما يتميز أخيراً عقد العمل بشرط الإختبار عن عقد الوعد بالعمل في أنه في هذا الأخير لايوجد عقد عمل، بل مجرد وعد بالعمل ملزم للعامل أو لرب العمل على حسب الاتفاق.

الفصل الأول
الحماية المتعلقة بالاتفاق على شرط الاختبار

٩ - تمهيد وتقسيم:

لا شك أن الاتفاق على فترة اختبار période d'essai في عقد العمل، يتضمن مخاطر كثيرة بالنسبة للعامل. وهذه المخاصر إما أن ترجع إلى طول مدة فترة الاختبار أو تجديدها أكثر من مرة، حتى يستطيع رب العمل - كقاعدة - إنهاء العقد بدون إخطار وبلا تعويض.

وبالإضافة إلى ذلك فإن العامل من الممكن أن يتعرض لخطر الإدعاء كذباً من جانب رب العمل بوجود فترة إختبار في عقد العمل، وذلك حتى يستطيع إنهاء العقد بالطريق الميسور، في حين أن الحقيقة أن عقد العامل كان نهائياً لا يجوز العدول عنه لعدم اشتماله على فترة اختبار.

ولذلك اهتم القانون بحماية العامل المعين بشرط الاختبار، سواء فيما يتعلق بتحديد مصادر الاختبار في عقد العمل وكيفية إثباته، أو من حيث تحديد حد أقصى

لمدة الاختبار وعدم جواز تجديدها بنص صريح في مصر والإمارات [1]، وعن طريق القضاء أحياناً وبعض الاتفاقيات الجماعية للعمل في فرنسا .

وبناءً على ذلك فإننا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : مصادر الالتزام بشدرط الاختبار وكيفية إثباته .

المبحث الثاني : الحد الأقصى لفترة الاختبار ومدى جواز تجديدها .

المبحث الأول
مصادر الالتزام بشرط الاختبار وكيفية إثباته

١٠ – تقسيم:

إذا كان الغالب في مصر أن يتم الاتفاق على شرط الاختبار في عقد العمل الفردي فإن الحال يختلف في فرنسا، حيث أنه يستند شرط الاختبار في معظم الحالات إما إلى وجود نص في اتفاقية جماعية للعمل، وإما إلى عرف يقرر وجود شرط الاختبار في بعض الأقاليم أو في بعض المهن. ولاشك أن إثبات وجود شرط الاختبار سيختلف في كل حالة عن غيرها .

---

(١) حظرت المادة ٣١ في مصر والمادة ٣٧ في الإمارات من قانون العمل تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة عند نفس رب العمل كما حدد الأول الحد الأقصى لمدة الاختبار بثلاثة أشهر والثاني بستة أشهر . وسنعود إلى ذلك فيما بعد .

وبناء على ذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاث: نتكلم في المطلب الأول عن فترة الاختبار في عقد العمل الفردي بمقتضى الاتفاق، ثم عن فترة الاختبار التي تستند إلى اتفاقية جماعية، وأخيراً فترة الاختبار المستندة إلى عرف.

المطلب الأول
الاتفاق على شرط الاختبار في عقد العمل الفردي

١١ - حرية المتعاقدين في الاتفاق على فترة الاختبار:

لقد رسم القانون في مصر والإمارات طريقاً معيناً للاتفاق على شرط الاختبار في عقد العمل الفردي، وهو أن يكون هذا الاتفاق ثابتاً في عقد العمل ذاته، حسبما جاء في المادة ٣١ من قانون العمل المصري التي تنص على أنه " تحدد مدة الاختبار في عقد العمل "[1].

وبناءً على ذلك فإنه إذا أبرم الطرفان عقد العمل دون أن يذكر فيه شرط الاختبار فإن العقد ينشأ في هذه الحالة باتاً، ولا يجوز لرب العمل بعد ذلك أن يدعي أنه قصد إبرام العقد بشرط الاختبار[2].

---

(١) وهذه المادة تقابل المادة ٣٧ من قانون العمل الإماراتي الاتحادي. ولا نظير لهذا النص في قانون العمل الفرنسي.

(٢) إسماعيل غانم. قانون العمل. مكتبة عبدالله وهبة ١٩٦١ رقم ١٠٨ ، عبد الودود يحيى. شرح قانون العمل دار الفكر العربي. رقم ٩١ ، لبيب شنب رقم ٨٨، جمال زكي ص ٦٧٦.

ولقد حكم القضاء الفرنسي أنه إذا كان شرط الاختبار يتفق عليها عادة عند إبرام عقد العمل، فإنه يمكن أيضاً الاتفاق عليها أثناء العقد، وذلك بمناسبة تغيير حدث في الوظيفة التي يشغلها العامل [1] وفي رأينا أنه يمكن تفسير ذلك على أساس قواعد تجديد الالتزام Novation de l'obligation بتغيير محله من عمل إلى عمل آخر أعلى درجة ولكن بشرط الاختبار [2]

١٢ - الاتفاق الصريح أو الضمني على شرط الاختبار:

ولكن هل يلزم لوجود شرط الاختبار في عقد العمل أن يتم الاتفاق عليها صراحة في العقد أم أنه يكفي أن يكون الاتفاق ضمنياً يستخلصه القاضي من ظروف التعاقد ونية المتعاقدين؟

انقسم الرأي في الإجابة على هذا التساؤل إلى فريقين:

فيرى البعض أنه يجب النص صراحة في عقد العمل ذاته على شرط الاختبار وهذا ما يستفاد من نص المادة ٣١ من القانون المصري والمادة ٣٧ من القانون الإماراتي التي نصت صراحة على أنه " تحد مدة الاختبار في عقد العمل " . ولذلك

(١) Soc 28 juin 1989. RJS. 1989. 8/9 . No 660.

(٢) تنص المادة ٣٥٢ من القانون المدني المصري على أنه " يتجدد الالتزام : أولاً : بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاما جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره " .
ويقابل هذا النص المادة ١/١٢٧١ من القانون المدني الفرنسي . ولا مقابل لهذا النص في قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي .

إذا خلا عقد العمل من الاتفاق الصريح على شرط الاختبار، فلا يكون العقد بشرط الاختبار، وإنما يكون عقد عمل عادي [1]. وأيدت بعض الأحكام هذا الاتجاه [2].

بينما يرى البعض الآخر أنه يستوي أن يكون الاتفاق على شرط الاختبار في عقد العمل صراحة أو أن يكون ضمنيًا يستخلص من ظروف التعاقد [3]. لأن الجوهري هو التحقق من اتجاه إرادة الطرفين بطريقة جازمة لاشك فيها إلى إبرام عقد عمل بشرط الاختبار [4].

ونحن من جانبنا نؤيد أن يكون الاتفاق على شرط الاختبار صريحاً لأن هذا من ناحية يحقق حماية العامل وهو الطرف الضعيف في العقد، كما أنه من ناحية أخرى يتوافق مع نص المادة ٣١ من قانون العمل المصري والمادة ٣٧ من قانون العمل الإماراتي التي اشترطت تحديد مدة الاختبار في عقد العمل.

وأخيراً فإن شرط الاختبار يوجد على خلاف الأصل في عقد العمل لأن القاعدة أن يبرم العقد بصة نهائية لا يجوز الرجوع فيها، وما ثبت على خلاف الأصل يجب

---

(١) اسماعيل غانم رقم ١٠٨، عبد الودود يحيى رقم ٩١، حلمي مراد رقم ٩٨. وكذلك في الفقه الفرنسي:

Lyon. Caen, pélissier et Supiot No 206. p. 189. Note 3.

(٢) محكمة شمال القاهرة ٢٠/ ٣/ ١٩٧٧ القضية رقم ٩٣٨/ ٧٤ حسن بسيوني ص١٧١ وفي فرنسا:
Soc.15 Nov 1989. cité par caen, Pélessier et supiot. p. 189.

(٣) جمال زكي ص٦٦٧، لبيب شنب رقم ٨٩، همام محمود ص١٦٥، محمد علي عمران ص١١٢.

(٤) همام محمود ص ١٦٥.

أن يكون صريحاً .

ومع ذلك فإنه من الجائز في فرنسا أن يبرم العقد بشرط الاختبار شفاهة [1] وذلك لعدم وجود نص في القانون الفرنسي ينظم أحكام شرط الاختبار على نحو معين [2] .

ومع ذلك يلاحظ أنه لا يمكن أن يتأسس شرط الاختبار بناء على أحكام لائحة تنظيم العمل، لأن شرط التجربة يعتبر من المسائل الجوهرية التي لا يستقل صاحب العمل بتقديرها [3]، يضاف إلى ذلك أنه في الكثير الغالب لا يطلع العامل على لاظحة تنظيم العمل إلا بعد الانخراط في العمل فعلاً، وبالتالي فلا يتحقق علمه بها إلا بعد إبرام عقد العمل والبدء فيه، في حين أن شرط الاختبار يجب أن يتحدد باتفاق يستلزم بطبيعة الحال علم العامل به قبل البدء في العمل حتى يكون على بينة من أمره منذ البداية .

والخلاصة إذن أن الطرفين يتمتعان بحرية كاملة في الاتفاق أو عدم الاتفاق على شرط الاختبار في عقد العمل بشرط أن يتم ذلك صراحة في رأينا .

---

(١) Soc 24 Avril 1985. juris. soc 1985/8.129.

(٢) وإنما هذا متروك لأحكام الاتفاقيات الجماعية ولأحكام القضاء والأعراف السارية . كما سبق أن ذكرنا في مقدمة البحث .

(٣) همام محمود ص ١٦٦ .

١٣ - إثبات شرط الاختبار الواردة في عقد العمل الفردي في فرنسا:

من المقرر أن شرط الاختبار في عقد العمل يعتبر خروجًا واستثناءً على المبدأ العام الذي يقضي بأن يكون العقد مبرماً بصفة نهائية لا يجوز الرجوع فيه. ولذلك فإن من يدعي وجود شرط اختبار في عقد العمل وجب عليه إثباتها [١].

ويستطيع من يدعي وجود شرط الاختبار أن يثبتها بكافة طرق الإثبات. ولذلك يستوي أن يثبت شرط الإختبار بالكتابة أو عن طريق الشهود إذا كان الاتفاق قد تم شافهة [٢]، ومع ذلك فإن الإثبات الكتابي يكون واجباً إذا نصت الاتفاقية الجماعية للعمل على وجوب التحرير الكتابي لشرط الاختبار في عقد العمل [٣] ويمتنع بالتالي إثبات شرط الاختبار بغير الكتابة، أو على حد تعبير محكمة النقض الفرنسية الدائرة الاجتماعية "pasd'écrit pas d'essai" [٤].

ولا يكفي في هذا الصدد مجرد الإحالة الواردة في عقد العمل الفردي على

(١) Soc 17 janv. 1985. Bull. civ . V. No 44.

Soc 28 fév. 1963. Bull. civ . V. No 114.
Soc 17 janv. 1985. Bull. civ . V. No 682.
Paris 31 janv. 1978. D. 1978. inf. R ap. 303.

(٢) Jean-Marie Desjardins : sur les conditions d'application de la période d'essai par une convention collective. dr. coc 1995. p. 457.

(٣) C.C.N.indust. fabrication mécanique du verre , transport routier

(٤) Soc 11 déc 1991. Bull. No 569.p.354.

Soc 30 Oct 1991. Bull. No 453 .p.281.
Soc 15 Nov 1989. Bull. No .661.

اتفاقية العمل الجماعية، لأنها لا تعتبر بمثابة الكتابة التي يتحقق بها علم العامل بشرط الاختبار [1]، بل إن ذلك ينقصه الدقة والوضوح netteté [2].

والخلاصة أنه في فرنسا يقع عبء إثبات شرط الاختبار على عاتق من يدعيه، ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات ما لم تتطلب الاتفاقيات الجماعية الإثبات الكتابي.

ومع ذلك فإننا نرى أن عدم لزوم الإثبات الكتابي لشرط الاختبار من شأنه الانتقاص من قدر الحماية القانونية الواجب توفيرها للعامل [3].

١٤ - إثبات شرط الاختبار المنصوص عليه في عقد العمل في مصر: -

مما لاشك فيه أن موضوع إثبات شرط الاختبار المتفق عليه في عقد العمل الفردي يخضع في مصر للمادة ٣١ من قانون العمل التي تنص على أنه " تحدد مدة الاختبار في عقد العمل "، ولما كان عقد العمل يجب أن يكون ثابتاً بالكتابة طبقاً للمادة ٣٠ من هذا القانون، فقد استقر الرأي على أن إثبات شرط الاختبار يخضع للقواعد الخاصة التي تحكم إثبات عقد العمل [4].

---

(١) SOC. 18 MARS. 1992. BULL. NO 190.P.117.
Soc.7 janv.1992. Bull. no 6.p.4.

(٢) Lyon- caen, Pélissier et supiot.p.189.Note 6.

(٣) Sinay.p.155.

(٤) لبيب شنب رقم ٨٩، أحمد حسن البرعي ص ٤٨٢، محمد عمران ص ١١٢. أستاذنا الدكتور عبد الرازق فرج. شرح قانون العمل. رقم ٧٥، فتحي عبد الرحيم مبادىء في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية مكتبة الجلاء بالمنصورة. رقم ١٠٤.

وبناء على ذلك فإنه إذا كان عقد العمل المتضمن شرط الاختبار من العقود التي تخضع لقانون العمل، فإنه بصدد إثباته يجب التفرقة بين ما إذا كان المكلف بعبء الإثبات هو رب العمل أم هو العامل:

فإذا كان الذي يقوم بالإثبات هو رب العمل: فلا يجوز له إثبات شرط الاختبار إلا بالكتابة، فإذا لم يوجد عقد مكتوب أصلاً، أو كان العقد مكتوباً. ولكنه خلا من شرط الاختبار، فإن العقد يعتبر في هذه الحالة عقد عمل نهائي [1].

وبناء على ذلك فلا محل للقول بأن العامل معين بشرط الاختبار، طالما أن رب العمل لم يثبت ذلك كتابة [2]. ولذلك حكم بأن شرط الاختبار لا يثبت من مجرد تأشير صاحب العمل في كشف الأجور بأن العامل تحت الاختبار [3]. أو من مجرد كون المصنع الذي التحق به العامل حديث الإنشاء [4].

أما بالنسبة للعامل فلا يحتج في مواجهته بالمادة ٣٠ من قانون العمل المصري

---

(١) أحمد حسن البرعي ص ٤٨٣، محمد لبيب شنب، رقم ٨٩.

(٢) محكمة شئون العمال الجزئية الدائرة ٣ - القضية رقم ٢٠٨٧ لسنة ١٩٦٠ في ١٠/ ٥/ ١٩٦٠. موسوعة الهواري ص ٧٣ القاعدة رقم ٦٥. محكمة شئون العمال الجزئية. الدائرة الأولى. القضية رقم ٤٠٢٩ لسنة ١٩٥٦ في ٢٩/ ١٢/ ١٩٥٩.

(٣) محكمة شئون العمال الجزئية في ٢٠/ ٣/ ١٩٥٦ القضية رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٥٥. مدونة عزمي البكري ص ٦٦٩.

(٤) محكمة استئناف القاهرة في ٢/ ١١/ ١٩٥٥ - الاستئناف رقم ٦٧١ لسنة ١٩٥١.

والتي تشترط أن يكون العقد ثابتاً بالكتابة . ولذلك يجوز للعامل أن يثبت شرط الاختبار بكافة طرق الإثبات، إذا لم يكن عقد العمل مكتوباً، أو كان صاحب العمل تاجراً. أما إذا كان العقد مكتوباً، ولم يكن رب العمل تاجراً فلا يستطيع العامل أن يثبت ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة [1] .

ولقد حرص المشرع على تيسير عبء الإثبات الذي يتحمله العامل، بسبب أن العامل قد يضطر إلى العمل بدون عقد مكتوب فقرر المشرع رعاية لمصلحته، أن يثبت حقوقه بكافة طرق الإثبات أياً كانت قيمة العقد [2] .

ولاشك - في رأينا - أن موقف المشرع المصري عندما أوجب الإثبات الكتابي على عاتق رب العمل الذي يدعي شرط الاختبار في عقد العمل وإلا اعتبر العقد نهائياً، يكون قد سلك مسلكاً حميداً في هذا الصدد، وهو بذلك يفضل موقف المشرع الفرنسي الذي سكت بخصوص هذه المسألة مما جعل القضاء يحكم في صالح حرية الإثبات بكافة الوسائل بالنسبة لوجود فترة الاختبار [3] . مع ما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة بالنسبة للعامل .

---

(١) اسماعيل غانم رقم ١٠٨ ، عبد الودود يحيي ص ١٦٠ .

(٢) فتحي عبد الرحيم . مرجع سابق . رقم ١٠٤ . وكذلك حكم محكمة النقض في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٧٤ . قضاء للنقض في منازعات العمل للهواري طبعة ١٩٧٦ ص ٢١ .

(٣) ولهذا كان القانون الفرنسي موضع انتقاد من جانب بعض الفقه الفرنسي نفسه . أنظر في ذلك مدام هيلين سيناي في مقالها السابق الإشارة إليه ص ١٥٥ .

المطلب الثاني

الالتزام بشرط الاختبار بناء على اتفاقيات العمل الجماعية
Convention collective de travail

١٥ – تنظيم كثير من الاتفاقيات الجماعية في فرنسا لفترة الاختبار:

تنص كثير من الاتفاقيات الجماعية للعمل على لزوم شرط الاختبار في عقد العمل [١]. وتسلك هذه الاتفاقيات في تنظيمها لفترة الاختبار إحدى طريقتين:

فإما أن تنص على تطبيق فترة الاختبار في عقد العمل الفردي بطريقة آلية أي بقوة القانون، وذلك دون حاجة إلى النص عليها في عقد العمل [٢]، وهذا ما طبقه القضاء [٣] بالنسبة لهذا النوع من الاتفاقيات.

ولاشك أن الاتفاقيات الجماعية عندما تنص على شرط الاختبار ولو بصورة تلقائية في عقد العمل، فإنها في المقام الأول تهدف إلى حماية العامل، ولذلك فهي

---

(١) Ribettes et Wibault. p.299 et s.

والواقع أن الاتفاقيات الجماعية في مصر بالنسبة للنص على فترة الاختبار ليس على نفس الدرجة من الأهمية الموجودة في فرنسا. ولكنه من الممكن أن تستند فترة الاختبار على اتفاقية جماعية. الأهواني رقم ٣٤٣، أحمد البرعي ص ٤٨٠.

(٢) الاتفاقية الجماعية للمهندسين، وكذلك الاتفاقية الجماعية للعاملين في مجال التأمين في إقليم باريس فقط.

(٣) Soc 29. Avril 1986. cahiers. prud'h. 1986 8.p.127.

تتعلق بالنظام العام الاجتماعي orde public social [1]. ومن البديهي أنه من الأفضل للعامل من الناحية العملية - أن يكون عقده نهائياً غير مشتمل على شرط اختبار، ولذلك فإن من المستقر عليه في القضاء صحة الشروط المعدلة للاتفاقيات الجماعية، مادام ذلك أكثر فائدة لمصلحة العامل [2]، وذلك كأن يتفقا على تخفيض المدة المنصوص عليها في الاتفاقية [3]، أو حتى إلغائها كليَّةً [4]، ولكن لا يجوز إطلاقاً زيادة المدة عن المنصوص عليها في الاتفاقية الجماعية لأن ذلك ضد مصلحة العامل [5]

على أنه يلاحظ أن أكثر الاتفاقيات الجماعية تنص على شرط الاختبار بصفة إختيارية أي تترك للطرفين حرية الأخذ أو عدم الأخذ بنصوصها فيما يتعلق بالإختبار [6] ولكنها تفرض على رب العمل في حالة اتجاه نيته إلى الأخذ بها أن يرد ذلك صراحة في خطاب العمل [7].

---

(١) Jean- Marie.p.456.

(٢) Soc 10 fév 1960. Bulle. civ. 1v. 128.

(٣) Soc 24 Nov 1966. Bull. civ.1V.146.

(٤) Soc 9 Janv. 1980 Bull. civ.v.15.

(٥) Soc 4 Avil. 1979. Bull. civ. 224;soc 9 déc 1964. Bull. civ.1V.68.

(٦) المادة ٥٥ من الاتفاقية الجماعية لصناعة الكرتون، والمادة ٤٧ من الاتفاقية الجماعية لصناعة النسيج.

(٧) المادة ١٢ من الاتفاقية الجماعية للصناعات النسيجية.

١٦ - إثبات شرط الاختبار الذي يستند إلى اتفاقية جماعية:

حرصاً على حماية العامل من إدعاء صاحب العمل شرط الاختبار فإن اتفاقيات العمل الجماعية قد تفرض على رب العمل الإثبات الكتابي [١]، بحيث يمتنع عليه إثباته بغير الكتابة [٢].

وقد تكتفي الاتفاقية بوجوب قيام صاحب العمل بإخبار العامل بشرط الاختبار [٣] والهدف من ذلك هو تحقق علم العامل فعلاً بأن عقده مشتمل على شرط اختبار، حيث أننا نكون في الواقع أمام عامل لا يعلم في أغلب الأحيان بمضمون الاتفاقية الجماعية الخاضع لها، وبالتالي فقد يعتقد أن عقده نهائي، ثم يفاجأ بالعكس. ويتأتى بالتالي تجنيب العامل مثل هذه المباغتات أو المفاجآت السيئة وذلك عن طريق إخباره بأن عقده ليس نهائياً بل يتضمن شرط اختبار بمقتضى الاتفاقية الجماعية [٤].

ويجب أن يتم اخبار العامل بمضمون الاتفاقية الجماعية الخاضع لها في لحظة إبرام عقد العمل، ولا يجدي في هذا الشأن إخباره بعد ذلك، وعلى سبيل المثال عند قبض أجره بعد أكثر من شهر من استلامه العمل. وهذا ما حكمت به محكمة النقض

(١) الاتفاقية الجماعية لصناعة الزجاج اليدوي، والاتفاقية الجاعية لصناعة الجلود.

(٢) Soc 9 janv. 1992. D.No.161.

(٣) المادة ١١ من الاتفاقية الجماعية للنقل البري.

(٤) jean-Marie. p.456.

الفرنسية [١]. إذ قضت أنه " عندما لا يشير عقد العمل إلى شرط اختبار فليس لصاحب العمل التمسك بشرط الاختبار المنصوص عليه في عقد العمل الجماعي إذا خلا عقد العمل الفردي من هذا الشرط ولم يثبت إخبار العامل بوجود الاتفاقية لحظة إبرام العقد " [٢] وبناء على ذلك فإنه يجب على المحكمة أن ترد على دفع العامل بعدم خضوعه لشرط الاختبار، لأنه لم يخبر بمضمون الاتفاقية وإلا كان حكمها مستوجباً النقض [٣].

١٧ – هل يتحقق إخبار العامل عن طريق لائحة التنظيم الداخلي للعمل؟

ولكن هل يتحقق إخبار العامل بمضمون الاتفاقية الجماعية عن طريق الإشارة إليها في لائحة التنظيم الداخلي للعمل، والمعلقة داخل منشأة رب العمل؟

ولعل مبعث تساؤلنا يرجع إلى أننا وجدنا حكما لمحكمة النقض الفرنسية الدائرة الاجتماعية قرر صراحة أنه " وحيث أن المحكمة تبين لها أن رب العمل علق في

(١) Soc. 29 Mars 1995. dr. soc. 1995. P. 459.

(٢) أما حيثيات هذا الحكم فهي " وحيث إن عقد العمل لم يشر إلى وجود فترة اختبار، فإن رب العمل لا يمكن أن يستفيد من فترة الاختبار المنصوص عليها في الاتفاقية إلا إذا أخطر بها العامل وعلم بها، وحيث أنه لم يتضح أن العامل علم بوجود الاتفاقية إلا بالإشارة إلى ذلك في بطاقة قبضه لأجر يناير الذي استلمه في ١٥ فبراير أي متأخراً عن ميعاد استحقاقه. فإن محكمة الاستئناف تكون قد أصابت إذ قررت أن العامل كان يجهل وجود الاتفاقية المنصوص فيها على فترة الاختبار، لذلك فإن المحكمة ترفض الطعن " .

(٣) Soc 26 Nov. arret. No 4053. cité par. jean- Marie p. 457.

أماكن العمل ما يستفاد منه أنه يتمسك بتطبيق نصوص الاتفاقية الجماعية المتضمنة شرط الاختبار، فإنه لا يمكن للمحكمة بعد ذلك إلا أن تقضي بأن نصوص هذه الاتفاقية المتعلقة بشرط الاختبار تكون واجبة التطبيق ويحتج بها على العاملة " [1].

فهل يتحقق إخبار العامل فعلاً بخضوعه لشرط الاختبار المنصوص عليه في الاتفاقية الجماعية من مجرد إشارة رب العمل إلى ذلك في التنظيم الداخلي للعمل المعلق داخل المنشأة؟

والجواب يكون قطعا بالنفي، حيث أنه كان يجب على رب العمل إما أن يخبر العامل صراحة ولو بالطريق الشفوي [2] بالنسبة لفترة الاختبار، ففي هذه الحالة فقط يمكن القول بتحقق إخبار العامل فعلا ذلك أنه قلما يتحقق حصول علم العامل من مجرد تعليق هذه التعليمات في أماكن العمل، وبالتالي فكيف يمكن أن يحتج في مواجهته بنصوص اتفاقية جماعية لم يعلم بمضمونها بطريقة أو بأخرى [3].

ومع ذلك فإن البعض في مصر [4] يذهب إلى أنه إذا نصت الاتفاقية الجماعية

---

(١) Soc 6 Juill.1994. RJS . No 1023 , en Meme sens prusque soc 19 juill 1994. RJS. No. 1023.

(٢) حيث يجوز ذلك في فرنسا لأن القاعدة أن الاخبار كما قد يحدث من الكتاب فإنه من الممكن أن يتحقق كذلك عن طريق الاخبار الشفهي للعامل. ويبقى على عاتق رب العمل إثبات حصول هذا الاخبار.

(٣) Jean-Marie.p.457-458.

(٤) همام محمد محمود ص ١٦٦ هامش رقم ١.

على شرط التجربة، فإنه يسري بصفة تلقائية على العامل، ما لم ينص على استبعاده صراحة بمقتضى اتفاق خاص. أما مجرد السكوت عن شرط الاختبار فلا يعتبر استبعاداً لأحكام نصوص الاتفاقية الجماعية بطريقة ضمنية، حيث أن شرط التجربة مادام انه مقرر لمصلحة الطرفين، فيكون هو الأفضل للعامل إذ تكون له حرية إنهائه في أي وقت.

ومع ذلك فإننا لا نؤيد هذا الرأي السابق، لأننا لا نرى على الصعيد العملي – أن شرط التجربة حتى لو كان مقرراً لمصلحة الطرفين يكون أكثر فائدة للعامل. لأن هذا الكلام وإن صح على الصعيد النظري، فإنه يلاحظ أن الهدف من شرط الاختبار من الناحية العملية هو التعرف أساساً على مدى صلاحية العامل. ولذلك فإنه من المستقر عليه جواز الاتفاق على استبعاد شرط التجربة المنصوص عليه في الاتفاقية الجماعية حتى لو كان مقرراً لمصلحة الطرفين، باعتبار أن ذلك أكثر فائدة للعامل وأدعى إلى استقراره.

ومع ذلك فاننا نشير إلى أنه من الممكن أن يخضع العامل لشرط الاختبار بمقتضى الاتفاقية الجماعية إذا قررت وجوباً اشتمال العقد على هذا الشرط، دون أن تفرض كتابة الشرط أو الإخبار به عند إبرام العقد أو أن يكون مشاراً إليه في خطاب العمل، حيث يسري شرط الاختبار المنصوص عليه في الاتفاقية بقوة القانون دون حاجة إلى أي إجراء خاص [1].

(1) Soc 22 juin 1994. RJS.8/9. 1994.No 962.

ولاشك أن مثل هذا النوع من الاتفاقيات - وإن كان قليلاً - إلا أنه يمثل خطورة كبيرة بالنسبة للعامل الذي قد يبرم عقد العمل ثم يفاجأ بخضوعه لشرط اختبار بمقتضى نصوص مثل هذه الاتفاقية الجماعية التي يغلب عدم العلم بمضمونها [1] .

١٧ مكرر - خلاصة وتعليق:

لاشك أنه يذكر للقانون المصري أنه تشدد في إثبات شرط الاختبار بالنسبة لرب العمل، حيث اشترط الإثبات الكتابي وإلا كان الشرط غير موجود، ويكون العقد عقد عمل نهائي . وهو بذلك يفضل - في رأينا - القانون الفرنسي الذي أجاز إثبات شرط الاختبار بكافة طرق الإثبات، بما يترتب على ذلك من خطورة للعامل .

المطلب الثالث

الالتزام بشرط الاختبار بناء على العرف

١٨ - وجود أعراف كثيرة في فرنسا تقرر شرط الاختبار:

ومن الممكن أخيراً أن تسري فترة الاختبار في عقد العمل ليس بمقتضى نص في اتفاقية جماعية، ولا بمقتضى الاتفاق عليها في العقد، وإنما بناء على العرف السائد في نطاق المهنة أو في نطاق الإقليم .

---

(١) راجع ما سبق أن ذكرناه في صدر هذه الفقرة .

ولقد اعترف القضاء في هذا الصدد بثبوت أعراف كثيرة تقرر شرط الاختبار [1].
ومثال ذلك ما يقضي به العرف السائد في إقليم باريس بوجود شرط اختبار لمدة شهر واحد بالنسبة للعمال [2] ومدة ثلاثة أشهر بالنسبة لذوي الوظائف العليا Cadre [3].
ونفس الشيء في إقليم متز Metz [4] وأخيراً قرر القضاء وجود عرف مهني usage professionnel في شركات الأمن والحراسة يقضي بشرط الاختبار لمدة أسبوع [5].

ولاشك أن هذه الأعراف رغم ثبوتها في نطاق المهنة أو الإقليم إلا أنه يمكن استبعاد شرط الاختبار عن طريق الاتفاق على ذلك في عقد العمل الفردي [6]. وهذا ما قرره القضاء لأن ذلك يكون أكثر فائدة للعامل [7].

١٩ - خطورة ظاهرة الأعراف المتعلقة بشرط الاختبار:

ويتضح مما سبق كثرة الأعراف المهنية أو المحلية في فرنسا بالخاصة بشرط الاختبار في عقد العمل [8]، وهذا يمثل بلا شك خطورة كبيرة بالنسبة للعامل، حيث

---

(١) Soc 7 déc 1957. Bull. civ. 17.No 1187.
Soc 20 oct 1950. dr. Soc. 1951. 106.

(٢) Soc 7 déc 1957 . Bull. civ. 17.849.

(٣) Soc. 5 Avril 1954. inf. enterp.

(٤) Soc 13 Avril 1961. Bull. civ. 17. No 398.p. 323.

(٥) Soc 6 juin 1973. juris. soc. 1983. 87.

(٦) Camerlynck. encycl. D.No 105' sinay.p.156.

(٧) Soc 27 Avril 1982. Bull. v. No 262.

(٨) Brun et Galland. No 416.

يتقيد العقد بشرط الاختبار لمجرد أن رب العمل أثبت العرف الذي يقضي به .

وتظهر الخطورة على وجه الخصوص بالنسبة لعقود العمل غير المكتوبة، حيث يتضاءل مجال الاتفاق على استبعاد هذا الشرط [١] .

ولكن ما الحكم إذا تعارض العرف المقرر لشرط الاختبار مع نصوص الاتفاقية الجماعية؟

أجابت محكمة النقض الفرنسية على هذا التساؤل إذ قضت أنه لا يسمح بوجود أعراف تتعارض مع نصوص الاتفاقيات الجماعية، حيث يتعين إعمال شروط اتفاقيات العمل الجماعية، أو على حد تعبير محكمة النقض " لا يمكن أن يسري العرف إلا تحت سلطان الاتفاقيات الجماعية " [٢] .

والخلاصة أن ظاهرة الأعراف المهنية أو المحلية التي تقضي بلزوم شرط الاختبار في عقد العمل، تعتبر من الظواهر الخطيرة بالنسبة للعامل، لأنه متى تقرر وجود العرف وجب إعماله مالم يثبت الاتفاق على استبعاد هذا الشرط [٣] .

ولذلك نادى البعض في فرنسا [٤] بأن أفضل حماية للعامل في هذا الشأن تتمثل

---

(١) Sinay. p. 155.156.

(٢) Soc 13 Avril 1961. Bull. civ. 1v. p. 323.

(٣) Soc 7 déc 1957. Bull. civ. 1v. No 1187. p.849.

(٤) Sinay. p. 155.

في وجوب كتابة عقد العمل بشرط الاختبار، حتى يستبعد عندئذ كل رجوع إلى العرف، ومع ذلك فإنه لا يوجد نص في القانون الفرنسي يتطلب التحرير الكتابي لعقد العمل بشرط الاختبار حتى الآن.

وفي هذا الصدد فإننا نشيد بموقف قانوننا المصري في حماية العامل - سواء كان عقده بشرط الاختبار أو عقد عمل نهائي - حيث أوجب الإثبات الكتابي بالنسبة لرب العمل في مواجهة العامل[1].

المبحث الثاني
مدة الاختبار ومدى جواز تجديدها

٢٠ - تقسيم:
مما لاشك فيه أن العامل يكون في حاجة ماسة إلى الحماية سواء فيما يتعلق بتحديد مدة قصوى للإختبار لا يجوز للطرفين تجاوزها، أو فيما يتعلق بمدى جواز الاتفاق على تجديد شرط الاختبار، وبمعنى آخر مدى جواز تعيين العامل بشرط الاختبار أكثر من مرة بحيث يطول الوقت الذي يمكن لصاحب العمل خلاله أن ينهي

(١) ومع ذلك فإن القانون المصري بالنسبة للعامل أجاز له إثبات العقد بكافة طرق الإثبات، حيث إنه قد تضطره الظروف إلى إبرام عقد عمل بدون أن يتمكن - بسبب مركزه الضعيف - من تحريره كتابة.
وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك عند الكلام عن إثبات فترة الاختبار في عقد العمل الفردي في مصر في الفقرة رقم ١٤ . (راجع المادة ٣٠ من قانون العمل المصري) .

العقد بإرادته المنفردة دون التقيد بالقواعد الخاصة بحماية العامل .

وبناء على ذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : الحد الأقصى لمدة الاختبار .

المطلب الثاني : مدى جواز تجديد شرط الاختبار .

المطلب الأول

الحد الأقصى لمدة الاختبار

٢١ – تمهيد:

تختلف الحماية القانونية للعامل فيما يتعلق بتعيين حد أقصى لمدة الاختبار في القانون المصري والإماراتي ، عنها في القانون الفرنسي ، حيث قد تضمن القانون المصري والإماراتي نصاً صريحاً يحدد المدة القصوى للاختبار . وهذا على خلاف القانون الفرنسي الذي ترتكز فيه حماية العامل على ما ورد في الاتفاقيات الجماعية ، وفيما يمارسه القضاء من رقابة على المغالاة في تحديد مدة الاختبار ، بحيث تصير غير متفقة والغاية من التجربة . وسيتضح ذلك بالتفصيل من خلال العرض الآتي :

٢٢ – نص تشريعي في مصر وفي الإمارات يحدد المدة القصوى للاختبار:

تنص المادة ٣١ من قانون العمل المصري على أنه " تحدد مدة الاختبار في عقد العمل ولا يجوز تعيين العامل تحت الاختبار لمدة تزيد على ثلاثة أشهر " [١] . وتنص

---

(١) ولقد رددت المادة ٣٣ من مشروع قانون العمل الموحد نفس الحكم .

المادة ٣٧ من قانون العمل الاتحادي الإماراتي [1] على أنه " يجوز تعيين العامل تحت التجربة مدة لا تتجاوز ستة أشهر " . فالحد الأقصى لمدة الاختبار في القانون المصري هي ثلاثة شهور ، وفي القانون الإماراتي ستة أشهر .

وترجع الحكمة من تحديد مدة قصوى للاختبار إلى الحيلولة دون إطالة مدة الاختبار ليتخلص رب العمل من أحكام القانون التي تحمي العامل من الفصل ، حيث يمكن لرب العمل أثناء مدة الاختبار إنهاء العقد بالإرادة المنفردة دون إخطار سابق أو تعويض [2] .

وانتقد البعض [3] تحديد مدة قصوى واحدة لجميع العمال على اختلاف طبيعة وأهمية أعمالهم ، مسوياً بين العامل اليدوي الذي لا يرد اختباره عادة إلا على مهارته في أداء عمله التي يمكن اكتشافها خلال مدة قصيرة ، وبين كبار الموظفين les cadres الذين قد يتخذ منهم رب العمل معاونين له ، ويكون لطباعه وصفاته الشخصية وزن لدى هذا الأخير ، بالإضافة - بطبيعة الحال - إلى كفاءته المهنية . فمما لاشك فيه أن مدة الثلاثة أشهر وإن كانت معقولة بالنسبة صغار العمال ، فإنها تكون قصيرة بالتأكيد بالنسبة لكبارهم [4] .

---

(١) وذلك بعد تعديلها بالقانون رقم ١٢ سنة ١٩٨٦ .

(٢) حلمي مراد . رقم ١٩٩ ، حسام الأهواني ، رقم ٣٤٥ ، علي نجيدة ص ٣٠٥ .

(٣) جمال الدين زكي . ص ٦٨١ .

(٤) وبالتأكيد فإنها من وجهة نظره ستكون طويلة جداً بالنسبة للعمالة العادية غير الفنية .

ومع ذلك فإن البعض [1] يرى أنه من محاسن القانون المصري توحيده مدة الاختبار دون تفرقة بين العمال، كما أنه يحسم مركز العامل الذي يعمل بشرط الاختبار في أقصر وقت ممكن حتى لا يظل معلقاً مدة أطول من اللازم، خاصة إذا انتهت شرط الاختبار لغير صالحه [2].

ونحن من جانبنا نؤيد نص قانون العمل المصري بوضعه الحالي في تحديده المدة القصوى للاختبار بثلاثة أشهر [3]، وذلك بالنسبة لجميع فئات العمال لأن ذلك سيؤدي إلى استقرار وضع العامل في وقت معقول. ويضاف إلى ذلك أن اختلاف الحد الأقصى لمدة الاختبار تبعاً لفئة العامل وأهميته وظيفته سيترتب عليهاتعقيد المشكلة لأن الأمر سيحتاج إلى وضع معيار دقيق يميز بين العمال على حسب درجاتهم وأهمية عملهم وهذا ليس بالأمر السهل. ولعل مما يدل على أن هذا النص يتمشى مع حسن السياسة التشريعية وليس منتقداً - كما ذهب البعض - أن المشرع

---

(١) حسن كيرة. رقم ١٣٩.

(٢) يسوق ذلك بمناسبة مقارنته النص الحالي والنص الذي كان سارياً في ظل المرسوم بقانون رقم ٣٦٧ لسنة ١٩٥٢ والذي كان في مادته الثالثة يفرق بين العامل الذي بلغت سنه سبعة عشر عاماً، والعامل الذي تقل سنه عن ذلك بالنسبة لمدة الاختبار.

(٣) وياحبذا لو ظل القانون الإماراتي يحدد المدة القصوى للاختبار بثلاثة شهور كما كان الحال في القانون قبل تعديله لأن مدة الستة أشهر المنصوص عليها في القانون الحالي تعتبر - من وجهة نظرنا - مدة طويلة لا يتوافر للعامل فيها أي حماية من الانهاء بالإرادة المنفردة لرب العمل.

في مشروع قانون العمل الموحد قد نص على نفس المدة بالنسبة لجميع فئات العمال [1]

٢٣ - حكم زيادة المدة عن الحد الأقصى المنصوص عليه في مصر و الإمارات :

من المتفق عليه في الفقه والقضاء أنه إذا حدد المتعاقدان للاختبار مدة تزيد عن الثلاثة أشهر في مصر، أو تزيد عن الستة شهور في الإمارات فإن الاتفاق يقع باطلاً فيما يتعلق بهذه الزيادة. ويجب انقاص المدة إلى الحد المسموح به في القانون. فإذا لم يكن أحد الطرفين قد استعمل حقه في إنهاء العقد خلال مدة الثلاثة شهور في مصر، أو خلال مدة الستة أشهر في الإمارات، فإن العقد يصبح نهائياً وبالتالي لا يجوز لأحدهما إنهاؤه بالإرادة المنفردة [2] .

ويعد هذا تطبيقاً لنظرية انتقاص العقد المنصوص عليها في القانون المصري [3]

(١) المادة ٣٣ من مشروع قاون العمل الموحد في مصر .

(٢) حلمي مراد رقم ١٩٤، توفيق فرج ص ٢٢٥، عبد الرازق فرج. رقم ٧٦، لبيب شنب. رقم ٩١، عبدالودود يحيى ص ١٦١، حسام الأهواني. رقم ٣٤٥ . وكذلك : الإسكندرية الابتدائية في ١٨/ ٣/ ١٩٦٣ . القضية رقم ١٢٦٩ لسنة ١٩٦٢ . أنور العمروسي ص ٣٣٣. رقم ٢٤٦، محكمة شئون العمال الجزئية بالقاهرة. الدائرة الثانية. القضية رقم ٥١٠٢ لسنة ١٩٥٩ في ٢٥/ ١٠/ ١٩٥٩ . موسوعة الهواري جـ ١ ص ٧٤ رقم ٦٦ .

(٣) تنص المادة ١٤٣ من القانون المدن المصري على أنه " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله " .

وفي القانون الاماراتي [1].

ويترتب كذلك على الاتفاق على زيادة المدة عن الحد الأقصى المقرر في القانون المصري تعرض رب العمل لتطبيق العقوبة الجنائية المنصوص عليها في المادة ١٧٠ من قانون العمل المصري، وهي الغرامة التي لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد على عشرة جنيهات، وتتعدد الغرامة بقدر عدد العمال الذين وقعت في شأنهم المخالفة، وتضاعف الغرامة في حالة العود.

ولكن هل يكون عقد العمل بعد بطلان هذه الزيادة عقداً محدد المدة للفترة الباقية من المدة المتفق عليها أصلاً والزائدة على الحد الأقصى قانوناً؟ أو أنه يكون عقداً غير محدد المدة.

اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل:

فيذهب بعض الفقهاء إلى أن العقد يصبح بانقضاء مدة الثلاثة شهور عقداً غير محدد المدة إذا كان الطرفان وقت إبرامه على علم بعدم جواز اتفاقهما، وذلك على تقدير إنصراف إرادتيهما إلى الاحتفاظ بمكنة إنهاء العقد بعد انقضاء الفترة القانونية. أما إذا كان العاقدان يجهلان وقت إبرام العقد تحريم اتفاقهما بقيت آثار العقد قائمة بينهما إلى نهاية المدة المحددة فيه، ليصير بانتهاء الفترة القانونية عقداً

(١) تنص المادة ٢١١ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على أنه " إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي".

محدد المدة، وذلك على تقدير انصراف النية وقت إبرامه إلى الارتباط حتى حلول الأجل المتفق عليه [1].

ولقد تعرض هذا الرأي للنقد لأنه يقوم على تفرقة غير صحيحة قانوناً، حيث تركز على إمكان الجهل بالقانون رغم أن مثل هذا الادعاء بالجهل بالقانون غير مقبول قانوناً. يضاف إلى ذلك أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت في الحالين - حال العلم وحال الجهل بالتحريم - إلى أن تكون كل المدة المحددة في العقد مدة اختبار يمكن أثناءها إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، فلا يكون مقبولاً إذن افتراض انصراف الإرادة إلى غير ذلك في حالة دون أخرى [2].

لذلك فإن الرأي الغالب - وهو ما نرجحه - يذهب إلى أنه بعد انتهاء المدة القصوى للاختبار بدون إنهاء العقد من جانب أي من الطرفين، فإن معنى ذلك نجاح الاختبار، وبالتالي يصبح العقد منذ هذه اللحظة عقد عمل نهائي غير محدد المدة [3]. لأنه من المقرر أن عقد العمل إذا لم تحدد له مدة فإنه يكون غير محدد المدة، ولا يمكن أن يكون الاتفاق على مدة الاختبار الزائدة بمثابة تحديد لمدة عقد العمل إذ أنها كانت مدة اختبار وليست مدة لعقد العمل نفسه.

---

(١) محمود جمال الدين زكي ص ٦٨٣.

(٢) حسن كيرة ص ٢٨٥.

(٣) اسماعيل غانم رقم ١٠٩، حسن كيرة ص ٢٨٦، علي نجيدة ص ٣٠٨، أحمد شوقي المليجي ص ١٥٨.

٢٤ – سكوت المتعاقدين عن تحديد مدة للإختبار في مصر والإمارات:

ولكن ما هو الحل لو اتفق المتعاقدان على شرط الاختبار في عقد العمل إلا أنهما أغفلا تحديد مدة هذا الاختبار في العقد؟

اختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل إلى ثلاثة آراء:

فيرى البعض [١] أنه يتعين أن يقترن العقد بمدة معينة للإختبار، وإلا وقع البند باطلاً لعدم تعيين محله طبقاً للمادة ١٣٣/ ١ من القانون المدني المصري التي تشترط تعيين محل الالتزام بنوعه ومقداره وإلا كان باطلاً. ويترتب على ذلك أن يقوم عقد العمل في هذه الحالة خالياً من شرط الاختبار.

بينما يرى البعض الآخر [٢] أن شرط الاختبار يكون صحيحاً في هذه الحالة، وتحدد فترة الاختبار بالمدة القصوى المنصوص عليها قانوناً. وذلك لأن تحديد مدة الاختبار في العقد ليست ركناً لانعقاده، وإنما كل ما أراده المشرع هو التأكد من حقيقة انصراف الإرادة إلى إبرام عقد عمل بشرط الاختبار. فحماية العامل قد كفلها القانون بتعيين حد أقصى لمدة الاختبار، وهذا الحد الأقصى هو الذي يجب الأخذ به في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على مدة معينة.

---

(١) جمال زكي ص ٦٨٠.

(٢) محمد لبيب شنب. رقم ٨٨، حسن كيرة. رقم ١٣٩، حسام الأهواني. رقم ٣٤٥، علي نجيدة ص ٣٠٦، فتحي عبد الصبور. رقم ٢٧٩، فتحي عبد الرحيم ص ١٧٦ هامش رقم ٩١.

ولكن يعيب هذا الرأي كما ذهب البعض -بحق- أن مدة الثلاثة شهور المنصوص عليها في القانون هي حد أقصى لفترة الاختبار، وليست مدة قانونية تغني عن أي اتفاق على المدة[1]. فمن الجائز أن يتفق الطرفان على مدة أدنى من المدة المقررة قانوناً كحد أقصى. فلماذا نقرر هذه المدة القصوى في حالة عدم اتفاقهما على المدة؟ فمما لاشك فيه أن ذلك قد يثقل العامل بمدة اختبار أطول من المدة التي كان من الممكن الاتفاق عليها.

لذلك ذهب البعض -أخيراً- [2] إلى أن إغفال المتعاقدين الاتفاق على مدة الاختبار في عقد العمل يترتب عليه أن يكون العقد عقد عمل نهائي، لايجوز إنهاؤه إلا طبقاً للقواعد العامة ولاتطبق عليه أحكام المادة ٧١/ ٥ من قانون العمل المصري التي تجيز لرب العمل إنهاء العقد لثبوت عدم صلاحية العامل خلال فترة الاختبار.

ويقوم هذا الرأي على أساس أن النص على مدة الاختبار في عقد العمل هو نوع من الشكلية يستفاد من المادة ٣١ من قانون العمل المصري التي تنص على أنه «تحدد مدة الاختبار في عقد العمل»[3]. وهذه الشكلية قصد منها حماية العامل بحيث أنه

---

(١) جمال الدين زكي ص٦٨٠ هامش ٣٢.

(٢) حلمي مراد. رقم ١٩٨، اسماعيل غانم. رقم ١٠٨، عبد الودود يحيى ص١٦٠، أحمد شوقي المليجي. ص١٥٧.

(٣) ينتقد الأستاذ الدكتور حسن كيرة صياغة المادة ٣١ من قانون العمل فهو يرى أنها صياغة معيبة، =

إذا خلا عقد العمل من النص على مدة الاختبار رغم أنه قد تضمن شرط الاختبار فإن العقد يكون عقد عمل نهائي .

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الاتجاه لأن فيه توفير الحماية الكافية للعامل ، كما أنه يتمشى مع نص المادة ٣١ من قانون العمل المصري .

٢٥- حرية المتعاقدين في فرنسا في تحديد مدة الاختبار:

إذا كان المشرع المصري والإماراتي قد وضعا حداً أقصى لمدة الاختبار لايجوز للطرفين تجاوزه ، فإنه على العكس في فرنسا يتمتع الطرفان بحرية كبيرة في تحديد مدة الاختبار ، وذلك مالم يوجد نص في (اتفاقيات العمل الجماعية) ، أو في قانون العمل [١] يتولى هذا التحديد .

ويتم مع ذلك تحديد مدة الاختبار بناءً على العرف ما لم يوجد اتفاق مخالف [٢] ، كما يجوز - على العكس - أن يتفقان على مدة تختلف عن تلك السارية في العرف

= لم يقصد المشرع منها الشكلية كما قد توحي في الظاهر . انظر مؤلفه السابق الإشارة إليه ، رقم ١٣٩ . ونحن نرى أن هذه الصياغة لاعوار فيها وإنما قصد المشرع حقيقة النص على مدة الاختبار في عقد العمل ذاته حماية للعامل ، بدليل أن المشرع قد التزم هذه الصياغة في قوانين العمل المتعاقبة واخذ بها مشروع قانون العمل الموحد في المادة ٣٣ منه .

(١) وذلك على سبيل الاستثناء حيث إن القاعدة في القانون الفرنسي عدم تحديد مدة الاختبار .

(٢) Soc. 24juin. 1965. Bull. civ. iv.n°495.

المحلي أو المهني[1] .

و الملاحظ أن مدة الاختبار المستندة إلى العرف أو الاتفاق تتنوع في فرنسا -غالباً- بحسب العمل الذي يعهد به إلى العامل : فهي قد تكون عدة أيام بالنسبة لصغار العمال والمستخدمين ouvriers et employés ، وقد تستمر عدة أشهر بالنسبة لذوي الوظائف العليا cadres et employés Supérieurs ، حيث سيوضع في الاعتبار بالنسبة لهؤلاء ليس فقط المؤهلات الفنية بل كذلك الصفات الشخصية كالأمانة والإخلاص في العمل وكذلك القدرة على الانسجام مع فريق العمل الذي سيعمل تحت رئاسته . . الخ . ولاشك أن هذا كله يبرر طول مدة الاختبار في هذه الحالة[2] .

ومع ذلك فإننا ننوه إلى خطورة طول مدة الاختبار حتى بالنسبة لهذه الطائفة الأخيرة من العمال، نظراً لما يكون عليه حال العامل خلال هذه الفترة من عدم الاستقرار، وتعرضه لإنهاء عقده في أي وقت بدون إخطار سابق أو تعويض[3] .

---

(١) Soc. 10 oct 1957. j.c.p.1958.11.10402. note B.P.

Soc. 12 fév 1953. Bull. civ. 1v. no 132., comp. Soc 20oct 1950. D. 1951.5 .

(حيث منع هذا الحكم الاتفاق على مدة تزيد عن السارية في العرف المهني) .

(٢) ولذلك فإنه قلما أن تكون هناك مدة اختبار بالنسبة للأيدي العاملة العادية أو مايطلق عليها manoeuvre ذلك لأن الأمر الجوهري بالنسبه لهؤلاء هو مجرد القدرة الجسدية على العمل .

(٣) وهذا ماحذرت منه الأستاذة هيلين سيناي . انظر ذلك تفصيلاً في مقالها السابق الإشارة إليه ص١٥١و ص١٥٢ .

ولعل هذا هو مادفع القضاء الفرنسي إلى تكثيف رقابته على مدة الاختبار التي يتفق عليها الطرفان في عقد العمل، كما أن المشرع نفسه في نصوص -وإن تكن قليلة جداً- قد حدد مدة الاختبار، وهذا ماسنوضحه الآن.

٢٦- رقابة القضاء الفرنسي على المغالاة في مدة الاختبار:

إذا كانت القاعدة في فرنسا هي حرية المتعاقدين في تحديد مدة الاختبار، فإن القضاء الفرنسي بدافع حماية العامل يمارس رقابته control على الاتفاق على المدة، وذلك في ضوء الهدف النهائي من التجربة، بحيث أن القاضي يحكم عادة ببطلان المدة إذا اتضح له أنه مغالي فيها مقارنة بالوقت اللازم لتقدير كفاءة العامل وصلاحيته[١].

وبناء على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية الدائرة الاجتماعية بعدم التناسب بين المدة المتفق عليها في عقد العمل وبين العمل المتواضع الذي سيشغله العامل وهو مساعد محاسب واعتبرت أن العقد مبرماً بصفة نهائية[٢] كما قضت بأن مدة الستة أشهر تعتبر مدة مغالى فيها بالنسبة لوظيفة كاتب آلة كاتبة[٣].

(١) Soc. 9 juin. 1988. Bull. v. n° 348.

Soc. 21 dec. 1977. Bull. v. n° 727.

(٢) soc. .27. avril. 1953. gaz. pal. 1953.2.101.

(٣) Soc. 28. déc 1977. bull. v. no727.

كما حكمت بأن مدة ثلاثة شهور تعتبر مغالى فيها نظراً لأن العامل قد مارس نفس العمل المتفق عليه أثناء عقود عمل سابقة. انظر: Soc. 9. juin 1988. Bull. v.no348.

ويمكن القول بصفة عامة أن القضاء الفرنسي يميل إلى التشدد في رقابته على اتفاق الطرفين على طول مدة الاختبار، حيث يعتبر ذلك بمثابة وسيلة للتحايل على القانون fraude a'la loi وخرق للقواعد القانونية الآمرة التي تحمي العامل في حالة الفصل [١].

ولاشك أننا نقدر ونؤيد موقف القضاء الفرنسي في رقابته على التحديد المبالغ فيه لمدة الاختبار، إلا أن هذه الرقابة القضائية - كما لاحظ البعض [٢]- ليست كافية لحماية العامل في هذا الصدد، إذ أنها ترتبط بإثبات الغش والتحايل على القانون من جانب رب العمل. وبمعنى آخر إثبات أن طول مدة الاختبار ليس بهدف تقدير صلاحية العامل، وإنما بهدف التهرب من أحكام قانون العمل، ولاشك أن هذا الإثبات سيكون صعباً على العامل في كثير من الحالات، ولذلك فإنه من الضروري تدخل المشرع الفرنسي بالنص على مدة قصوى للإختبار.

ولاشك أننا نشيد هنا بموقف المشرع المصري في هذا الصدد حيث أنه قد حرص في قوانين العمل المتعاقبة على النص على المدة القصوى للإختبار، وهو نفس ماتبناه

---

(١) Soc. 22 fév. 1979. D. 1979.inf. Rap.424 obs. j. Pélissier.

Soc. 29. OCT. 1973. D. 1973. 236.
Soc. 21. OCT.1964. BULL. CIV. 1V.563.

(٢) Héléne Sinay. p. 155.

وهي تنادي بأن تكون مدة الاختبار في فرنسا ستة شهور، بدلاً من ترك الأمر في يد القضاء لأن المشرع هو الذي يطلب منه توفير الحماية للعامل.

في مشروع قانون العمل الموحد .

٢٧- تحديد المدة في فرنسا استثناء بمقتضى قانون العمل أو اتفاقيات العمل الجماعي:

إذا كانت القاعدة هي حرية الطرفين في تحديد مدة الاختبار ، فإن قانون العمل الفرنسي قد نص على سبيل الاستثناء على تحديد المدة بالنسبة لبعض فئات العمال . من ذلك ماينص عليه من أن مدة ثلاثة شهور هي الحد الأقصى بالنسبة للممثلين التجاريين (١) . وكذلك مانص عليه من اعتبار الشهرين الأولين في عقد التدرج apprentissage بمثابة فترة اختبار (٢)، وفي مثل هاتين الحالتين تكون مدة الاختبار محددة بالقانون وبالتالي لايجوز تجاوزها وإلا كان هذا الاتفاق باطلاً في حدود هذا التجاوز .

ويلاحظ أن الكثير من اتفاقيات العمل الجماعي في فرنسا تنص على تحديد مدة الاختبار . وهذه الاتفاقيات تختلف في تحديدها للمدة بحسب درجة العامل وأهمية العمل الذي سيشغله . ويمكن القول بصفة عامة أن المدة تتراوح في الاتفاقيات الجماعية بين أسبوع أو اثنين بالنسبة للعامل العادي وقد تصل إلى شهر أو شهرين بالنسبة للعامل الفني، وقد تستغرق ثلاثة شهور بالنسبة للعمال الذين يشغلون أعمالاً قيادية . كما أن الكثير من هذه الاتفاقيات تنص على مدة الاختبار بطريقة آمرة

---

(١) Art.L.751-6.

(٢) Art. L.113-1.

والقليل منها ينص على المدة بطريقة مكملة [1].

ومن المسلم به أنه يجوز الاتفاق على تخفيض مدة الاختبار عن الحد المنصوص عليه في الاتفاقيات الجماعية[2]، أو حتى إلغائها كلية[3]، لأن ذلك يكون أكثر فائدة لمصلحة العامل، إذ من المعلوم أن فترة الاختبار تكون فترة قلق وعدم استقرار بالنسبة للعامل حيث لاتتوافر له الضمانات المنصوص عليها في قانون العمل في حالة الفصل. ولكن من البديهي أنه لايجوز للطرفين الاتفاق على مدة تزيد عن الحد المنصوص عليه في اتفاقية العمل الجماعية[4].

ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية الدائرة الاجتماعية هذه المبادىء السابقة في حكم حديث لها سنة ١٩٩٧ حيث قضت "أن مدة الاختبار المنصوص عليها في عقد العمل (وهي مدة سنة) لاتطبق على العاملة، حيث أن الاتفاقية الجماعية تحدد مدة الاختبار بصفة آمرة بستة أشهر فقط. ولذلك فإن فصل العاملة بعد أكثر من ستة أشهر لم يقع أثناء فترة الاختبار، حيث أن فترة الاختبار كانت قد انقضت سلفاً بمرور الستة أشهر المنصوص عليها في الاتفاقية، ولاعبرة بمدة السنة المتفق عليها

---

(١) Ribettes et wibault. p. 303; camerlynck. encycl. D. no 130; contrat de travail. no 159; sinay. p. 159.

(٢) Soc. 24 non. 1966. Bull.civ. no 895.

(٣) Soc. 9janv.1980. Bull. civ.v. 15.

(٤) Soc. 4 avril.1979. bull. v.no234.

Soc.10 juill. 1976. D. 1976. inf. Rap. 216.
Soc. 9déc. 1964. Bull. 1v. no680.

في عقد العمل، لأن نصوص الاتفاقية تحل بقوة القانون محل نصوص عقد العمل مادامت نصوص الاتفاقية أكثر فائدة لمصلحة رب العمل (L.135-2.cont. trav) "[1].

ونحن نؤيد موقف القضاء الفرنسي حيث إن[2] اختصار مدة الاختبار تسمح للعامل بالاستفادة سريعاً من القواعد الحامية له في حالة الفصل، بخلاف فترة الاختبار التي يمكن إنهاء العقد خلالها بحرية واسعة بدون إخطار أو تعويض. ومع ذلك فإنه من الناحية النظرية يمكن أن نتصور أن طول مدة الاختبار قد تكون لمصلحة العامل فيما لو رغب إنهاء العقد بدون إخطار سابق. ولكن يلاحظ في الكثير الغالب أن شرط الاختبار الأقل مدة هو الأكثر فائدة للعامل، وبالتالي فهو الذي يجب تطبيقه، ذلك لأن الاختبار هو في المقام الأول لإثبات كفاءة العامل ومعرفة مدى صلاحيته.

ومع ذلك فإننا نشير إلى أن بعض الاتفاقيات الجماعية وإن كان هذا نادر قد يسمح للطرفين بالاتفاق على مدة للاختبار أطول من المنصوص عليها في

(١) soc. 19 nov. 1997. dr. sos. 1998.1.p.14 et.s

ولعل خصوصية هذا الحكم تبدو في أن الاتفاقية التي طبقها لم تكن قد بدأت في النفاد أثناء إبرام عقد العمل، وإنما بدأ سريانها بعد انعقاد العقد، ومع ذلك فإن المحكمة قد حلت نصها محل الشرط التعاقدي مادامت قد سرت أثناء تنفيذ العقد وقبل انقضائه.

(٢) jean savatier. p.13.

الاتفاقية [1] . وذلك كأن تنص الاتفاقية على مدة الاختبار بطريقة اختيارية وتترك للطرفين حرية الأخذ أو عدم الأخذ بها . أي أنها لم تنص على المدة إلا سبيل الإسترشاد [2] .

٢٨- حساب مدة الاختبار:

تحسب مدة الاختبار ابتداء من تاريخ مباشرة العامل فعلاً لعمله ولا عبرة بتاريخ التعاقد إذا وجد فاصل زمني بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ بدء العمل الفعلي، وذلك لأن القصد من مدة الاختبار هو التحقق من مدي صلاحية العامل، ولايتأتى ذلك إلا بالمباشرة الفعلية للعمل [3] .

ويتم حساب المدة بالأيام calendaires [4]، وذلك على أساس أن الشهر ثلاثون

---

(١) Soc. 18 Mars. 1997. Rjs. 97/5. no 518.

(٢) ومثال ذلك ماتنص عليه الاتفاقية الجماعية لصناعة الكرتون في إقليم باريس إذ أن هذه الاتفاقية قد تركت الحرية للطرفين في تحديد مدة الاختبار وذلك بالنسبة لفئات العمال العليا أو حسبما أطلقت عليهم الاتفاقية : les cadres et des positions supérieures انظر ريبت وويبو ص٣٠٣ .

(٣) أستاذنا الدكتور حسام الأهواني، رقم ٣٤٤، علي نجيدة ص٣١١ . وفي الفقه الفرنسي انظر :
Lyon-caen,Pélissier et supiot. no 208; Alain caille. no 278.
ولذلك نرى عدم صحة ماذهب إليه البعض من سريان المدة من تاريخ العقد .
أنظر فتحي عبد الصبور، رقم ٢٨٠ لأنه من البديهي في رأينا أن المدة قد تنقضي قل أن يبدأ العامل عمله فعلاً وذلك إذا وجد فاصل زمني لسبب مابين تاريخ العقد وتاريخ بدء العمل .

(٤) soc. 21 janv. 1987. sem.soc. lamy. 1987. no 347. p.69; Alain caille no 278.

يوماً، ومع ذلك فإنه من المتفق عليه[1] أن المدة تقف بسبب مرض العامل[2]، أو بسبب غلق المنشأة للاجازات السنوية مثلاً[3].

ولاشك أن امتداد مدة الاختبار بسبب وقفها لأي سبب كان فيه خروج على المبادىء العامة لنظرية الوقف[4]، ولكن يمكن تبرير ذلك بأن الهدف من التجربة معرفة كفاءة العامل خلال مدة معين هي مدة الاختبار ولذلك يجب أن يتمكن العامل خلالها من العمل فعلاً لإثبات كفاءته وصلاحيته.

ولاشك أن منطق وقف مدة الاختبار بسبب المرض أو بإغلاق المشروع فترة معينة بسبب الأجازات أو لأي سبب آخر، كان يقضي أيضاً بوقف مدة الاختبار إذا استدعى العامل لقضاء الخدمة العسكرية ثم تستكمل بعد عودته من التجنيد، ولكن المشرع المصري في نص عجيب رتب على تجنيد العامل أثناء مدة الاختبار اعتبار أن فترة الاختبار قد قضيت بنجاح[5].

---

(١) جمال الدين زكي ص٦٨٢، حسام الأهواني، رقم ٣٤٤، أحمد البرعي ص٤٨٢، أحمد المليجي ص١٥٨، وفي فرنسا: sinay. p. 155; lyon-caem; Pélissier et supiot no 208; caille. no278.

(٢) soc. 18 janv. 1989. Bull. v. no36.
Paris.27 fév. 1987. D. 1987. inf. rap. 84.

(٣) soc. 27 nov. 1985. Bull. v. no 560.

(٤) جمال زكي ص٦٨٢.

(٥) المادة ٤٣ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠.

ولقد انتقد البعض[1] وبحق هذا الحكم ليس فقط لتنافيه مع المصلحة وأبسط قواعد العدالة ولكنه ينبو أيضاً عما تقبله الفطرة السليمة قبل أن يستحيل رده إلى أي فكرة قانونية .

المطلب الثاني

مدى جواز تجديد فترة الاختبار

renouvellement de période d'essai

٢٩- تمهيد:

لم يكتف المشرع المصري لحماية العامل في فترة الاختبار بالنص على مدة قصوى للإختبار، وإنما نص أيضاً على عدم جواز تجديد مدة الاختبار للعامل عند نفس رب العمل، وهو مايعرف بعدم جواز تعيين العامل بشرط الاختبار أكثر من مرة عند رب عمل واحد . وهذا نفس ماسلكه المشرع الإماراتي .

أما القانون الفرنسي فكما أنه لم ينص علي مدة قصوى للاختبار فإنه أيضاً لم ينص على حظر تجديد فترة الاختبار . لذلك فإن القضاء هو الذي تدخل لحماية العامل في حالة التجديد المتعاقب لفترة الاختبار والذي يكون الهدف منه التحايل على قواعد قانون العمل، كما أن بعض الاتفاقيات الجماعية للعمل قد نصت صراحة على عدم جواز تجديد مدة الاختبار، وهذا مانتولاه بالتفصيل الآن .

---

(١) راجع في نقد هذا النص جمال زكي، المرجع والموضع السابقان، وكذلك أحمد البرعي ص٤٨٢ .

٣٠- نص تشريعي في مصر وفي الإمارات يحظر تجديد مدة الاختبار:

لم يجز المشرع المصري والإماراتي تعيين العامل بشرط الاختبار أكثر من مرة عند رب عمل واحد فنصت المادة ٣١ من قانون العمل المصري على أنه " . . . ولايجوز تعيين العامل تحت الاختبار لمدة تزيد على ثلاثة أشهر أو تعيينه تحت الاختبار أكثر من مرة عند صاحب عمل واحد" .

وتنص المادة ٣٧ من قانون العمل الإماراتي على أنه " . . . ولايجوز تعيين العامل تحت التجربة أكثر من مرة واحدة لدى صاحب عمل واحد" .

وهكذا فإن المشرع في مصر وفي الإمارات لم يكتف بوضع حد أقصى لمدة الاختبار، وإنما ذهب إلى أكثر من ذلك لحماية العامل فقرر حظر تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة لدى صاحب عمل واحد .

والحكمة من هذا النص كما يرى الفقهاء [(١)] هي قطع سبيل التحايل على رب العمل في التهرب مما يفرضه عليه قانون العمل من التزامات إذا ماتم عقد العمل النهائي . إذ إنه بدون هذا الحظر قد يلجأ رب العمل إلى التعاقد مع العامل بشرط الاختبار لمدة لاتزيد عن ثلاثة شهور، ثم يقوم بإنهائه خلال فترة الاختبار بمقتضى المادة ٧٦/ ٢ من قانون العمل المصري، ويعود بعد ذلك ليتعاقد معه من جديد بعقد عمل

---

(١) عبدالودود يحيى ص١٦١، توفيق فرج ص٢٢٥، محمد علي عمران ص١١٣، فتحي عبدالرحيم، رقم ١٠٥ .

بشرط الاختبار أيضاً . . وهكذا ليحتفظ لنفسه بحق إنهاء العقد في أي وقت [1] .

ولقد فرض القانون المصري عقوبة جنائية على رب العمل الذي يخالف هذا الحظر بالغرامة التي لاتقل عن خمسة جنيهات ولاتزيد على عشرة جنيهات، وتتعدد الغرامة بقدر عدد العمال الذين وقعت في شأنهم المخالفة، وتضاعف في حالة العود [2] .

٣١- مدى سريان هذا الحظر عند الاختلاف الجوهري في العمل:

ولكن هل يسري حظر تعيين العامل بشرط الاختبار أكثر من مرة لدى رب عمل واحد المنصوص عليه في مصر والإمارات حتى لو اختلف العمل المكلف به العامل في المرة الثانية عن عمله في المرة الأولى؟

أجاب البعض على ذلك بالإثبات [3] ففي رأيهم يظل الحظر سارياً حتى لو تغير العمل الذي يقوم به العامل في المرة الثانية عن عمله في مدة الاختبار الأولى، أو اختلف العملان اختلافاً جوهرياً . ويبرر ذلك بأن نص المادة ٣١ من قانون العمل المصري [4] قد حظرت صراحة تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة لدى صاحب

---

(١) ومع ذلك فإننا نرى أن النص على مدة قصوى للاختبار كان يكفي لحماية العامل مادام أن تجديد المدة لم يتجاوز هذا الحد .

(٢) المادة ١٧٠ من قانون العمل المصري .

(٣) فتحي عبدالصبور رقم ٢٧٥ .

(٤) ونفس الشيء المادة ٣٧ من قانون العمل الإماراتي .

عمل واحد، وذلك منعاً للتحايل من جانب صاحب العمل بتغيير عمل العامل حتى يتسنى له تعيينه بشرط الاختبار بعد انتهاء مدة الاختبار الأولى، ولامجال للاجتهاد فيما فيه نص.

بينما يذهب الرأي الغالب[1] إلى أن حظر تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة لدى رب عمل واحد منوط بوحدة العمل الذي استخدم العامل لأدائه. أما إذا اختلف العمل الثاني اختلافاً جوهرياً عن العمل الأول، فلا نكون بصدد الحظر الوارد في النص. ولاشك أن في ذلك توسعة في إتاحة الفرصة للعامل في الحصول على عمل، لأنه قد يخفق في الاختبار في عمل معين، فلا مانع بعد ذلك من إلحاقه بعمل آخر يختلف عن الأول في طبيعته.

ونحن من جانبنا نرجح هذا الرأي الثاني لما فيه من توسعة على العامل في إيجاد فرصة عمل، كما أنه من ناحية أخري يتمشى مع روح النص، وليس فيه تهرب أو تحايل على أحكام قانون العمل. إذ إنه مادام قد اختلف العمل الثاني اختلافاً جوهرياً عن العمل الأول فيكون قد انتفى قصد التحايل على القانون، على أن المرجع في الاختلاف الجوهري بين العمل الثاني والعمل الأول هو حكم القاضي ليتأكد حقيقة من وجود الاختلاف الجوهري.

---

(١) محمد لبيب شنب، رقم ٩٢، محمود جمال الدين زكي ص٦٨٣، حسام الدين كامل الأهواني، رقم ٣٤٣، علي حسين نجيدة ص٣١٠.

٣٢- ما الحكم لو كان مجموع المدة في المرتين يقل عن ثلاثة أشهر:

إذا كان من غير الجائز تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة لدى رب عمل واحد، فما هو الحكم لو كان مجموع المدة في المرتين لايتجاوز ثلاثة أشهر؟

يرى البعض [١] أن حظر تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة لدى رب عمل واحد لاضرورة له، مادام المشرع قد وضع حداً أقصى للإختبار، لأن هذا الحظر قد يكون ضاراً بالعامل فيما لو كان رب العمل حسن النية قد حدد مدة قصيرة للاختبار لم يتمكن خلالها من اكتشاف مدى صلاحية العامل، فلا يجد مناصاً من إنهاء العقد معه. في حين أننا لو سمحنا له بتجديد مدة الاختبار - مادام في حدود المدة القصوى قانوناً - لفتح ذلك للعامل فرصة أخرى لإثبات كفاءته وبالتالي إمكانية بقائه في العمل.

بينما يرى البعض الآخر [٢] أن هذا الحظر يسري حتى لو كانت مدة الاختبار المتفق عليها أقل من الحد الأقصى المقرر قانوناً، وذلك كأن يعين العامل تحت الاختبار لشهر مثلاً، فلا يجوز إعادة تحت الاختبار لشهر ثان مثلاً، لأن المدة التي يتفقان عليها تعتبر مهما قصرت تكفي في نظرهما للحكم على كفاءة العامل.

(١) جمال زكي ص٦٨٢، علي نجيدة ص٣١٠.

(٢) توفيق فرج ص٢٢٥، لبيب شنب ص١٢٤ هامش رقم ١، حسام الأهواني رقم٣٤٣.

ونحن من جانبنا نؤيد الرأي الأول فيما يذهب إليه من جواز تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة لدى نفس رب العمل، مادام أن مجموع المدة في العقدين لايزيد عن الحد الأقصى المسموح به قانوناً. وذلك لأن هذا الرأي من جانب يتفق مع المنطق القانوني، فمدة الاختبار قد تكون في المرة الواحدة ثلاثة أشهر فما المانع أن تصل إلى هذا الحد عن طريق الاتفاق عليها في عقدين بدلاً من عقد واحد. كما أن هذا الرأي من جانب آخر يوسع علي العامل ويمنحه فرصة ثانية لإثبات كفاءته مع مايترتب على ذلك من استمراره في العمل. وكل هذا دون أن يضار العامل في شيء مادام ذلك يتم في حدود المدة القصوى المقررة قانوناً.

٣٣- حرية المتعاقدين في فرنسا في تجديد مدة الاختبار:

إذا كان المشرع المصري والإماراتي قد حرص على النص صراحة على عدم جواز تجديد مدة الاختبار للعامل عند نفس رب العمل، فإنه على العكس قد خلا قانون العمل الفرنسي من أي نص في هذا الشأن.

لذلك فإنه من المستقر عليه في الفقه والقضاء الفرنسيين حرية المتعاقدين في تجديد مدة الاختبار، وذلك لعدم وجود نص في قانون العمل يحظر هذا التجديد[١].

---

(١) Camerly[illegible]131; L yon-caen,

Pélissier et supiot. n° 206; sinay. p.161; Alain caille. n° 285.
Soc. 4 Avril. 1979. Bull. civ. v. 234.
Soc. 10 juill. 1976.D. 1976inf. Rap. 216.
Soc. 4. juin 1975. Bull. iv. no303.
Soc. 9 déc. 1964. Bull. civ. no 825 .

ولا يشترط أن يتفق الطرفان على إمكانية تجديد مدة الاختبار عند إبرام العقد، وإنما قد يتفقان على تمديد المدة عندما تصل إلى نهايتها [١].

ويتشدد القضاء في استخلاص وجود تجديد لمدة الاختبار إذ يشترط أن يحصل التجديد بناء على اتفاق صريح خاصة من جانب العامل [٢] فلا يمكن أن يستخلص هذا التجديد من القبول الضمني [٣].

وبناء على ذلك فإن استمرار العامل في العمل بعد إخطار موجه إليه من رب العمل بتجديد مدة الاختبار لا يستخلص منه رضاء العامل بالتجديد [٤].

ومتى تم تجديد مدة الاختبار فإنه من البديهي أن يظل العقد خاضعا لنفس الأحكام السابقة على التجديد [٥].

ويقع على عاتق رب العمل الذي يدعي تجديد مدة الاختبار إثبات ذلك، وإلا كان إنهاء العقد بمثابة فصل تعسفي [٦].

---

(١) soc. 31 oct.1989. bull. v.no632.

(٢) Soc. 18 mars. 1992. Bull. v. n°197.
Soc. Ier fév. 1978. Bull. v. n°80.

(٣) soc. 8. nov 1983. Bull. civ. v. no 603; poithiers 22 non 1967. D. 1968. somm 32.

(٤) Soc. 23. mars 1989. Bull.v.n°249.

(٥) Soc. 10 oct. 1957. j.c.p. 1958.11. 10402. note B.p.

(٦) soc. 21 mai 1974. D. 1974. inf. Rap. 160 .

٣٤- الرقابة القضائية على تجديد مدة الاختبار:

إذا كانت القاعدة في فرنسا هي حرية الطرفين في تجديد مدة الاختبار لعدم وجود نص في قانون العمل يحظر هذا التجديد، فإن محكمة النقض الفرنسية تراقب التجديد المتعاقب لمدة الاختبار، وذلك حتى لايكون الهدف من هذا التجديد هو التحايل على القانون للتهرب من قواعد قانون العمل التي تفرض الإخطار السابق والتعويض في حالة الفصل.

ويوجد قضاء مستقر في فرنسا في هذا الشأن منذ مايقرب من نصف قرن، إذ قضت الدائرة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية بأن تعيين عامل تحت االختبار لمدة سنة ثم تجديدها لسنة أخرى إنما كان بهدف التحايل على قواعد قانون العمل الآمرة المتعلقة بالفصل، لأن هذا التجديد المتعاقب لايتناسب مع وظيفة العامل وهي سكرتير عام الشركة، وبالتالي فإن هذه المدة المغالى فيها يتعين عدم الاعتداد بها [1].

ولاشك أنه يذكر لمحكمة النقض الفرنسية هذا الدور الرقابي الذي تقوم به بصدد تجديد مدة الاختبار، ومع ذلك فإننا نرى أن هذه الرقابة القضائية غير كافية لحماية

(١) soc. 30 oct 1954. D. 1955. p. 326.

soc. 22 fév 1979. D. 1979. inf. rap. 424. obs. j. pélissier.
soc. 27. fév. 1980. Bull. civ. v. no 145.
soc. 27. fév. 1980. Bull. civ. v. no 145.
Paris. 7 oct. 1960. D. 1961. Somm. 52.

والعجيب أن محكمة النقض الفرنسية قد اعتبرت أن التجديد لمدة سنتين ونصف بالنسبة لمندوب التأمين غير مغالى فيها وأنها تخضع لحرية الطرفين في الاتفاق على مدة الاختبار. انظر:

soc. 12 fév. 1953.Bull. 1v. no.132.p.99.

العامل . ذلك لأن القضاء إذا كان قد حكم في حالات معينة باعتبار تجديد مدة الاختبار بمثابة تهرب وتحايل على أحكام قانون العمل ، فإنه قد حكم في حالات أخرى بصحة الاتفاق على حرية الطرفين في تجديد مدة الاختبار ، وذلك لأنه لم يثبت في نظره توافر قصد التحايل على القانون . وبالتالي اعتبر أن التجديد كان بسبب عدم كفاية المدة السابقة في اكتشاف مدى صلاحية العامل .

ولذلك فإنه من المفضل في نظرنا ضرورة تدخل المشرع للنص على تحديد مدة معينة للاختبار لايجوز تجاوزها على غرار القانون المصري والإماراتي ، وذلك بدلاً من ترك الأمر في يد القضاء الذي ربما تختلف أحكامه من حالة إلى أخرى في ضوء إثبات التحايل على القانون من جانب رب العمل أو عدم إثباته . ولاشك أن هذا الإثبات يكون صعباً في الكثير الغالب من الحالات ، ولعل هذا هو مانادى به بعض الفقهاء الفرنسيين [1] .

٣٥ - موقف الاتفاقيات الجماعية في فرنسا من تجديد مدة الاختبار :

سبق أن ذكرنا أهمية الاتفاقيات الجماعية في فرنسا في تنظيم فترة الاختبار ، وذلك نظراً لعدم وجود تنظيم تشريعي في هذا الصدد . ولذلك يحق لنا أن نتساءل عن مدى جواز تجديد مدة الاختبار في الاتفاقيات الجماعية ؟

---

(١) sinay. p. 155.

والجواب على ذلك أن الاتفاقيات الجماعية لم تسلك مسلكاً واحداً. فبعض هذه الاتفاقيات جاءت ساكتة عن هذا الموضوع، فلم تتناوله لا بالحظر ولا بالإباحة. مما جعل البعض يذهب إلى جواز تجديد مدة الاختبار في هذه الحالة، لأن ذلك قد يكون لمصلحة العامل وذلك لتفادي إنهاء عقده فوراً من جانب رب العمل [1].

ومع ذلك فإننا نرى -وبصرف النظر عن هذا التبرير السابق- أن تجديد مدة الاختبار لا يحقق بصفة عامة مصلحة العامل وخاصة في ظل عدم وجود حد أقصى لمدة الاختبار في قانون العمل الفرنسي.

وبعض الاتفاقيات الجماعية أجازت صراحة تجديد مدة الاختبار بشرط ألا تزيد مدة التجديد عن المدة الأولى للإختبار [2]. أو أن تفرض الاتفاقية بعض الشكليات لتجديد مدة الاختبار. كالموافقة الكتابية من العامل على التجديد. وهنا يجب احترام هذا الإجراء وإلا كان التجديد باطلاً.

ولقد حكمت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد أنه لا يمكن أن يستفاد تجديد مدة الاختبار من مجرد توقيع العامل تحت عبارة قريء وصدق عليه lu et approuvé المدونة في أسفل الخطاب المرسل من رب العمل إلى العامل، لأن ذلك

---

(١) Ribettes et wibault. p. 304.

(٢) Convention collective d'industries metallurgiques région parisienne. الاتفاقية الجماعية لصناعة المعادن في الإقليم الباريسي. الاتفاقية الجماعية لصناعة الملابس industries de l'habillement.

لا يستفاد منه الكتابة الصريحة بالموافقة على التجديد من جاب رب العمل [1].

وأخيراً تحظر بعض الاتفاقيات الجماعية أي تجديد لمدة الاختبار [2].

٣٥ مكرر – خلاصة وتعليق :

والخلاصة أن اتفاقيات العمل الجماعية في فرنسا لم تحظر بصفة مطلقة وفي جميع الحالات تجديد مدة الاختبار . مما يجعل العامل في الكثير من الحالات عرضة لتجديد مدة الاختبار ، ولا يكون أمامه من حماية سوى اللجوء إلى القضاء شريطة أن يثبت أن التجديد كان بهدف التحايل على أحكام قانون العمل . ولن يكون هذا الإثبات سهلاً في الكثير من الحالات مما قد ينتهي الأمر بالعامل إلى عدم وجود أي سقف للحماية من تجديد مدة الاختبار .

وفي هذا الصدد فإننا نشيد بموقف قانون العمل المصري – وكذلك الإماراتي – الذي حمى العامل في القوانين المتعاقبة للعمل من التجديد لمدة الاختبار حيث حظر تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة لدى صاحب عمل واحد ، بل ونص كذلك على حد أقصى لمدة الاختبار لا يجوز تجاوزه . وقد تأكد ذلك في مشروع قانون العمل

(١) Soc 18 Mars 1992. arret. No 1428. inédit. cité par Aouvergnon.P.800 convention collective. d;industries de fabrication de cartonnages de la région parisienne. الاتفاقية الجماعية لصناعة الكرتون في إقليم باريس

(٢) Soc. 27. fév. 1980. sem. soc. lamy. 1980. No 10.P.148.

المصري الموحد[1].

الفصل الثاني

حماية العامل فيما يتعلق بانهاء العقد

La protection de L'employé pour la rupture

٣٦ – تقسيم:

لعل أهم ما يميز عقد العمل المبرم بشرط الاختبار هو أنه يجوز إنهاؤه في أي وقت خلال فترة الاختبار. ويتم ذلك – كقاعدة – بدون إخطار أو تعويض.

وإذا كان من المسلم به في الفقه والقضاء حرية إنهاء العقد خلال فترة الاختبار، إلا أن الاختلاف قد وقع في أساس هذا الحق في الإنهاء. وهو ما يتناوله الفقه عادة تحت اسم الطبيعة القانونية لعقد العمل بشرط الاختبار.

ويضاف إلى ذلك أن هناك بعض القيود التي تحد من إنهاء العقد خلال فترة الاختبار، سواء بتقرير التعويض للعامل في بعض الحالات أو اشتراط إخطار سابق للعامل قبل إنهاء العقد، وذلك بهدف توفير أكبر قدر من الحماية للعامل.

(١) ويلاحظ أن قانون العمل اللبناني وإن كان قد وضع حداً أقصى لمدة الاختبار وهو ثلاثة أشهر، إلا أنه لم ينص على عدم جواز تجديدها، مرة أخرى عند صاحب العمل نفسه. ولاشك أن حماية العامل تقتضي عدم السماح لرب العمل بمثل هذا التجديد. وقد كان من الأفضل أن ينص المشرع على ذلك صراحة: توفيق فرج ص ٢٢٤

وبناء على ذلك فإنا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين : -

المبحث الأول : الأساس القانوني لإنهاء العقد .

المبحث الثاني : قواعد إنهاء عقد العمل بشرط الاختبار .

المبحث الأول

الأساس القانوني للإنهاء

LE fondement juridique

٣٧ - تمهيد وتقسيم:

لعل تحديد الأساس القانوني لإنهاء عقد العمل بشرط الاختبار سيتضح من خلال ما يعرف بالطبيعة القانونية Nature juridique لعقد العمل بشرط الاختبار . ذلك أن الخصيصة الجوهرية لفترة الاختبار هي إتاحة إنهاء العقد خلالها . بل إن سبب اختلاف الفقه في تحديد اطبيعة القانونية لعقد العمل بشرط الاختبار يرجع إلى رخصة إنهاء العقد التي يمكن أن يباشرها أي من العاقدين دون الخضوع للقيود التي تحيط إنهاء العقد في هذه الحالة [١] .

وأيا ما كان الأمر فإنه لا يمكن دراسة فترة الاختبار في عقد العمل بمنأى عن تحديد الطبيعة القانونية لها . بل إن عقد العمل بشرط الاختبار قد ظل لمدة طويلة لا يدرس إلا بمناسبة بحث طبيعته القانونية فقط [٢] .

(١) Guy Poulain . P. 474 et 476.

(٢) Sinay. P. 150.

وقد ثار خلاف كبير في الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا بشأن تحديد الطبيعة والقانونية لعقد العمل بشرط الاختبار، ولعل أقدم هذه الآراء في هذا الصدد هو ذلك الرأي الذي حلل عقد العمل بشرط الاختبار في عقدين: عقد للاختبار، ثم يعقبه إذا ما نجحت التجربة عقد عمل عادي. غير أن هذه المحاولة لم يكتب لها النجاح. ولذلك حاول البعض تكييفه بأنه عقد واحد معلق على شرط (واقف - أو فاسخ - أو مهني). وأخيراً حاول الفقه الحديث تكييف هذا العقد بأنه عقد عمل عادي خالٍ من الأوصاف، ولكنه يندرج من الضعف إلى القوة عند البعض، وغير لازم عند البعض الآخر.

وبناء على ذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الطبيعة المزدوجة لعقد العمل بشرط الاختبار

المطلب الثاني: عقد العمل بشرط الاختبار معلق علي شرط.

المطلب الثالث: عقد العمل بشرط الاختبار عقد عمل عادي خالٍ من الأوصاف.

المطلب الأول

الطبيعة المزدوجة لعقد العمل بشرط الاختبار

La dualié de contrat

٣٨ - تقسيم:

وقد تبنى هذا الاتجاه الأستاذ ديموج الذي يرى أن عقد العمل بشرط الاختبار يتضمن عقدين متتابعين عقد مؤقت للتجربة، ثم يعقبه إذا ما نجحت هذه التجربة عقد عمل عادي. وقريب من هذه المحاولة ولكن مع بعض الاختلاف القليل ما ذهب إليه الفقيه المصري الأستاذ الدكتور أكثم الخولي في أن عقد العمل بشرط الاختبار يتضمن عقدين متعاصرين. وسوف نعرض على التوالي لهذين الرأيين:

٣٩ - رأي الأستاذ ديموج:

يعتبر تكييف الأستاذ الفرنسي ديموج Demogue لعقد العمل بشرط الاختبار هي المحاولة الأسبق من الناحية التاريخية في هذا الصدد. ويقوم رأي هذا الفقيه الكبير على أساس ارتباط الطرفين بعقد تمهيدي خلال فترة الاختبار contrat préliminaire أو مؤقت provisoire. وهو عقد مستقل ومتميز عن عقد العمل نفسه. وهذا العقد التمهيدي له مدة محددة وله هدف معين. ويعقبه عندما تنتهي التجربة بنجاح عقد عمل عادي [1].

(١) R. Demogue. Les contrats provisoires. Etudes en droit civil á la mémoire d'Hennrie Capitant. P. 159. ets.

ولقد وجدنا لهذا الرأي صدى في بعض الأحكام القضائية [1].

٤٠ - الانتقادات الموجهة إلى رأي ديموج:

لقد انتقد الفقه المعاصر رأي الأستاذ ديموج وذلك على أساس أنه يتعارض مع الواقع ومع القانون. فالمتعاقدان عندما ينصان على فترة اختبار في عقد العمل لا يقصدان إبرام عقدين متتاليين أحدهما تلو الآخر، وإنما يقصدان إبرام عقد واحد تتحدد كافة شروطه منذ إبرامه، وتترتب عليه آثاره الجوهرية وهي إنجاز العمل في مقابل أجر متفق عليه [2]. كما يخضع هذا العقد لقانون العمل والضمان الاجتماعي [3].

فالتغيير الذي يحدث في علاقة العمل بعد فترة الاختبار لا يتم إذن عن طريق عقد جديد، بل تستمر العلاقة التعاقدية على أساس العقد منذ إبرامه. أي على أساس العقد المبرم مع شرط الاختبار [4].

(١) Soc. 26 juin 1959. Bull. civ.1v. No 833.P.666.

(٢) صحيح أن الأجر قد يقل عن الأجر العادي:
إلا أنه لا يمكن أن يقل عن الحد الأدنى للأجور: (SMIC) المنصوص عليه في القانون أو في الاتفاقيات الجماعية.

(٣) راجع في تفصيلات هذا النقد في الفقه الفرنسي: P.Durand. T.2. No 161. Camerlynck. contrat de travail. No 156; et sinay. P.160.
وفي الفقه المصري: حلمي مراد. رقم ٢٠٢، توفيق فرج ص ٢٢١، جمال الدين زكي ص ٦٧٧، عبد الودود يحيى رقم ٩٠، حسام الأهواني. رقم ٣٤٦.

(٤) Durand. P.286.

ولعل استقراء اتفاقيات العمل الجماعي في فرنسا تؤكد ذلك . فهي لا تنص على عقد عمل تحت الاختبار بل تتكلم عن مدة اختبار في عقد عمل[1] .

ويضاف إلى ذلك أن هذا التكييف لا يمكن الأخذ به في القانون المصري والقانون الإماراتي، لأنه يتعارض مع المادة ٧١/ ٥ من قانون العمل المصري والمادة ٣٧ من قانون العمل الإماراتي التي تبيح لرب العمل إنهاء العقد في أي وقت خلال فترة الاختبار . وبالتالي يجوز إنهاء العقد قبل انتهاء مدة الاختبار إذا تبين فشل التجربة، حيث لا يوجد مبرر في إلزام الطرفين بالاستمرار في الاختبار حتي نهاية مدته، في حين أن منطق الأستاذ ديموج يقضي بذلك ما دام قد اعتبره محدد المدة [2] .

٤١ - رأي الأستاذ الدكتور أكثم الخولي:

وقريب من رأي الأستاذ ديموج ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور أكثم الخولي من أنه من الخطأ القول بوحدة عقد العمل بشرط الاختبار، وعدم تغيير الرابطة العقدية بين الطرفين بعد نجاح الاختبار عما كانت عليه أثناء فترة الاختبار، ذلك أن هناك فارقاً كبيراً وواضحاً بينهما وهو كون الإنهاء لا يعلق في فترة الاختبار على إخطار سابق،

---

(١) Convention collective d'imprimerie; industrie chemique; transports;et Notoriat... etc, .

(٢) ولعل هذا التكييف المنتقد لا يكون مقبولاً إلا إذا اتفق الطرفان على عدم جواز الفسخ قبل إنتهاء مدة الاختبار . وعلى انتهاء العقد بانتهاء هذه المدة . مع احتفاظ كل من المتعاقدين بحريته في إبرام عقد جديد. يراجع في ذلك : اسماعيل غانم رقم ١٠٧ .

بينما يلزم مثل هذا الإخطار لإنهاء العقد في الفترة التالية لنجاح التجربة [1] . وهذا الفارق الجوهري يترجم يقينا عن اختلاف إرادة المتعاقدين في الفترتين ويكشف عن وجود عقدين متميزين : عقد عمل تحت الاختبار ، وعقد عمل عادي بسيط . وكلا العقدين معلق على شرط واحد هو نجاح التجربة الذي يكون شرطاً فاسخاً بالنسبة للعقد تحت التجربة ، وشرطاً واقفاً بالنسبة لعقد العمل ، فإذا نجحت التجربة زال عقد العمل تحت الاختبار بأثر رجعي ليحل محله عقد العمل . وإذا فشلت انتهى عقد التجربة باستحالة وجود عقد العمل [2] .

٤٢ – نقد رأي الأستاذ الدكتور أكثم الخولي:

ولقد انتقد هذا الرأي بأنه يعقد العملية القانونية الواحدة (عقد العمل بشرط الاختبار) فيجعل منها عمليتين دون مبرر . وهذا يخالف الواقع والقانون وإرادة المتعاقدين التي لم تنصرف إلى الارتباط بعقدين بل بعقد واحد مع وصفه في مرحلته الأولى بوصف معين هو أنه تحت الاختبار [3] .

ويضاف إلى ذلك أن هذا التكييف عود إلى رأي الأستاذ ديموج الذي سبق انتقاده ، وبالتالي فإنه يوجه إليه جميع أوجه النقد التي سبق ذكرها . وهذا التحوير

(١) يقول ذلك د . أكثم الخولي في معرض نقده لفكرة الشرط الناسخ .

(٢) أكثم الخولي . عقد العمل ص ٣٠٣ – ٣٠٤ مشار إليه في حسن كيرة ص ٢٨١ هامش ٣ ، محمد لبيب شنب ص ١٣١ بالهامش .

(٣) حسن كيرة . الموضع السابق . لبيب شنب . الموضع السابق .

البسيط في فكرة الأستاذ أكثم الخولي لا تتلافى أوجه النقد التي سبق أن وجهت إلى رأي الأستاذ ديموج، حيث أن كليهما يحلل علاقة العمل بشرط الاختبار في عقدين : متعاصرين في رأي الأستاذ أكثم الخولي، ومتعاقبين في رأي الأستاذ ديموج، ولكن يظل جوهر الفكرة واحداً عند الفقيهين وهي إزدواجية العقد La dualité .

المطلب الثاني

عقد العمل بشرط الاختبار معلق على شرط
Contrat sous condition

٤٣ – تمهيد وتقسيم:

أمام الانتقادات التي وجهت إلى الرأي القائل بازدواجية عقد العمل بشرط الاختبار، إتجه بعض الفقه والقضاء صوب العقد الواحد contat unique الذي يكون معلقاً على شرط . غير أن هؤلاء الفقهاء قد اختلفوا في طبيعة هذا الشرط . فمنهم من رأى أنه شرط واقف، ومنهم من رأى أنه شرط فاسخ، وأخيراً أطلق البعض عليه وصفاً عجيباً هو أنه شرط منهي Extinctive وسوف نعرض لهذه الآراء الثلاثة بالتفصيل :

٤٤ – أنه عقد معلق على شرط واقف:

ذهب البعض إلى أن عقد العمل بشرط الاختبار هو عقد معلق على شرط واقف هو نجاح التجربة condition suspensive وذلك قياساً على البيع بشرط التجربة

vente á l'essai المنصوص عليه في المادة ١٥٨٨ من القانون المدني الفرنسي [١].
فهذا النص يتضمن بطريقة موجزة نظرية عامة للعقود تحت الاختبار، وعقد العمل أحد هذه العقود [٢].

٤٥ - نقد هذا الرأي:

وجهت سهام النقد إلى الرأي القائل بأن عقد العمل بشرط الاختبار معلق على شرط واقف هو نجاح التجربة:

فمن جانب أول فإنه لا يجوز من الناحية الواقعية والأخلاقية أن نقيس تجربة عمل الشخص بنفس الطريقة التي يتم بها تجربة الأشياء. فتجربة الشيء تهدف دائما إلى الوصــول إلى بعض الخصائص والمواصفات المحددة، أما الإختبار المتعلق بعمل الإنسان فإنه يهدف - خاصــة للوظائف العليا - إلى اكتشاف مجموع مقومات

---

(١) Art. 1588 : " La vente faite à l,essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive."

فهذا النص يفترض أن البيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف.

وتنص المادة ٤٢١/ ٢ مدني مصري على أنه " ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ......".

أما البيع بشرط التجربة فيعتبر في القانون الإماراتي صورة من صور خيار الشرط الذي أخذ به ضمن الخيارات الأخرى المعروفة وتنص المادة ٤٩٥/ ١ من هذا القانون على أنه " يجوز للمشتري في مدة التجربة إجازة المبيع أو رفضه ولو لم يجرب المبيع .... ".

(٢) Jean claude javillier. No 179' Poulain. P. 475' sinay. P.160 Lyon-caen, Pélissier et Supiot. P. 207.

شخصية الإنسان[1] . بل إن البعض قد رأى أنه لا يجوز قياس تجربة الحيوان على الشيء[2] .

ومن جانب آخر فإنه من الناحية القانونية لا يكون الالتزام المعلق على شرط واقف نافذاً إلا إذا تحقق الشرط ، أما قبل تحققه فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري[3] .

ولذلك إذا كان هذا التكييف يتفق مع العقد الفوري instantané كالبيع ، حيث يمكن التربص بتنفيذ العقد إلى ما بعد تحقق الشرط الواقف فهو لا يتفق مع عقد العمل الذي يعتبر من العقود المستمرة successif الذي يبدأ تنفيذه فور انعقاد ، سواء تضمن فترة اختبار أو لم يتضمن[4] . بل إن منطق الاختبار نفسه يقتضي حتماً البدء في تنفيذ العقد قبل تحقق الشرط[5] . وهذا ما يحدث بالفعل حيث تسري في الحال جميع آثار العقد دون أن يؤجل منها أثر ، لأن العقد في فترة الاختبار يرتب جميع آثاره القانونية .

---

(١) Sinay. P. 160.

(٢) Planiol; Ripirt et Hamel . traité pratique de droit civil. T.X.No 212.

(٣) أستاذنا الدكتور حسام الأهواني . رقم ٣٤٧ .

(٤) حلمي مراد. رقم ٢٠٢ ، توفيق فرج . ص ٢٢٢ ، محمد علي عمران ص ١١٠ ، علي نجيدة ص ٣١٣ .

(٥) حسن كيرة . رقم ١٣٨ .

وأخيراً فإننا إذا أخذنا بمنطق الشرط الواقف فإن آثار العقد في فترة الاختبار سيتكون مفتقرة إلى كل أساس قانوني، لأن العقد سيعتبر كأن لم يكن لتخلف الشرط الواقف لعدم نجاح التجربة [1].

٤٦ – أنه عقد معلق على شرط فاسخ:

اتجه الرأي الغالب في الفقه والقضاء المصريين وكذلك الفقه والقضاء في فرنسا إلى أن عقد العمل بشرط الاختبار معلق على شرط فاسخ condition résolutoire هو عدم الرضاء عن نتيجة الاختبار. ومؤدى ذلك أن عقد العمل بشرط الاختبار يقوم بين طرفيه منذ البداية، ويترتب عليه جميع آثاره وخاصة أداء العمل والأجر. وبالتالي يتحقق المقصود من العقد وهو البدء في الاختبار الذي سيتوقف على نتيجته زوال العقد أو استقرار وجوده. فإذا كانت نتيجة التجربة مرضية فإن الشرط الفاسخ يكون قد تخلف، وعلى العكس عندما يتحقق الشرط بفشل التجربة فإن العقد يكون مفسوخاً بدون أثر رجعي sans rétroactivité وذلك لأن عقد العمل من عقود المدة التي لا يكون للفسخ فيها أثر رجعي [2]. وهذا الرأي له صدى كبير في

---

(١) Camerlynck. encycl. D.No 123, contrat de travail.No 158.
جمال زكي ص ٦٧٨، حسام الأهواني. رقم ٣٤٧. علي نجيدة ص ٣١٣. ويقول اسماعيل غانم: أنه لابد في هذه الحالة من تكملة التحليل بفكرة العقد المؤقت التي سبق نقدها. مؤلفه السابق الإشارة إليه ص ٣١٢ هامش رقم ١.

(٢) حلمي مراد. رقم ٢٠٢ حسن كيرة. رقم ١٣٨، أحمد البرعي ص ٤٧٩، عبدالرازق فرج. رقم ٧٢ عبد الودود يحيي رقم ٩٠، اسماعيل غانم. رقم ١٠٧، جمال زكي ص ٦٧٩، محمد=

القضاء [1] .

ويستطيع أحد الطرفين وعلى الأخص العامل أن يتنازل عن حق الفسخ من جانب واحد نتيجة فشل التجربة ، ويسلك طريق دعوى الفسخ القضائي ، لعدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية الناشئة أثناء فترة الاختبار وذلك إذا وجد أن مصلحته في ذلك . كأن يطالب بالتعويض مثلاً نتيجة تخفيض راتبه مثلاً [2] .

وهذا التكييف هو الذي يتفق - في رأيهم - مع قصد المتعاقدين اللذين يهدفان إلى إبرام عقد عمل منذ البداية ولكن مع حق فسخه إذا لم تكن نتيجة الاختبار مرضية [3] ، كما يتفق هذا التكييف من ناحية أخرى مع طبيعة عقد العمل بشرط الاختبار ، إذ لكي تتم التجربة لابد من تحقق آثار العقد منذ البداية أي لابد من تنفيذه

= عمران ص ١١١ ، همام محمود ص ١٩٢ . وفي الفقه الفرنسي : ;Brun et Galland. P.221
javillier. No 179. Auvergnon.P.796. et Durand et vitu. T.I.P. 289.

(١) محكمة شئون العمال الجزئية بالقاهرة . الدائرة الثانية . القضية رقم ٥٢٨١ لسنة ١٩٥٩ في ١٥/ ١١/ ١٩٥٩ . موسوعة الهواري . جـ١ ص ٧١ ، محكمة القاهرة الابتدائية . الدائرة ٤٧ . القضية رقم ٣٥ لسنة ١٩٥٨ في ١٥/ ١١/ ١٩٥٩ . موسوعة الهواري ص ٧٢ ، محكمة الجيزة الابتدائية في ٢٧/ ١٢/ ١٩٥٦ . مدونة الفكهاني جـ١ ص ٢٨٥ . وفي فرنسا :
Soc. 2 fév. 1983. Bull. civ. v. No. 74.
Soc. 2. juin 1981. D. 1982. p.206. Note. J.Mouly.
Soc. 28 Avrril 1955. J.C.P.1957.11.9725.Note G.B.

(٢) Soc. 21 oct 1964. Bull. civ. 1V. No 686; comp. soc 12 Nov. 1964. Bull. civ. 1V.No 751.

(٣) حلمي مراد ، رقم ٢٠٢ ، توفيق فرج ص ٢٢٣ ، عزمي البكري . رقم ٤٦٦ .

حتى يتسنى معرفة نجاح أو فشل التجربة فتنقضي العلاقة العقدية [١].

٤٧ – تقدير هذا الرأي:

لاشك أن هذا الرأي يفضل سابقه، لأنه من جانب قدم أساساً قانونياً لالتزامات الطرفين خلال فترة الاختبار، وذلك بإسنادها إلى عقد العمل المبرم بينهما. باعتبار أن الشرط الفاسخ لا يمنع تنفيذ الالتزامات في الحال [٢]. كما أن هذا الرأي من جانب آخر يوفر الحماية الكافية للعامل إذ يجعله يستفيد من كافة أوجه الحماية الاجتماعية التي يكفلها القانون كالحد الأدنى للأجور والأجازات المدفوعة الأجر ومزايا التأمين الاجتماعي، وبالجملة فإنه يعامل بصفة عامة معاملة أي عامل لا يخضع لفترة اختبار [٣]. ومع ذلك فإنه يؤخذ على هذا التكييف أنه لا يمكن اعتبار الرغبة في إنهاء العقد بمثابة الشرط الفاسخ الذي يعلق عليه العقد، ذلك لأن عقد العمل البات pur et simple عندما يكون غير محدد المدة من الممكن أن ينتهي بمجرد إعلان الإرادة من جانب أحد طرفيه. فلماذا إذن لم يحلل العقد غير محد المدة بأنه عقد تحت شرط فاسخ ؟

صحيح أن الإنهاء في فترة الاختبار يكون أكثر حرية من الإنهاء الذي يحدث في أثناء العقد النهائي غير محدد المدة، ولكن هذا مجرد اختلاف في الدرجة لا تكفي

---

(١) توفيق فرج ص ٢٢٣.

(٢) علي نجيدة. ص ٣١٤.

(٣) حسام الأهواني. رقم ٣٤٨ وفي الفقه الفرنسي: Brun et Galland. No 417

لتبرير الاختلاف في التكييف بين العقد النهائي غير محدد المدة وعقد العمل بشرط الاختبار [(١)]. خاصة وأن هذا الرأي قد جرد الشرط الفاسخ من أثره الجوهري " وهو الأثر الرجعي " ، مما يجعل الاستعانة بفكرة الشرط الفاسخ غير مفيدة في هذا الصدد [(٢)].

٤٨ – أنه عقد معلق على شرط منهي:

وبمناسبة صدور حكم من الدائرة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية في ٥ مارس ١٩٧٥ [(٣)]. ذهب بعض الفقهاء [(٤)] إلى أن شرط الاختبار في عقد العمل يعتبر بمثابة شرط منهي condition extinctive وهذا الشرط المنهي يترتب على تحققه إنهاء علاقة العمل بدون أثر رجعي لالتزامات الطرفين. أي يزول العقد من يوم عدم نجاح التجربة فقط. وتبدو خصوصية هذا الشرط المنهي في أنه لا يختلط بالفصل

---

(١) لبيب شنب . رقم ٩٥ وفي الفقه الفرنسي : Sinay. P.161.

(٢) حسام الأهواني . رقم ٣٤٨. وفي الفقه الفرنسي : Camerlynck. encycl. No 125. et 126. contrat de travail. No 158.

(٣) Soc. 5. Mars 1975. Bull. civ. V.No 112. P. 103.

ويتعلق هذا الحكم بمدى التزام العامل بشرط عدم المنافسة الوارد في عقد العمل بشرط الاختبار عندما يتم انهاء العقد من جانب رب العمل أثناء فترة الاختبار حيث قضت محكمة الاستئناف بعدم التزام العامل بشرط عدم المنافسة تأسيساً على أن الشرط الفاسخ يترتب عليه زوال العقد بأثر رجعي بما فيه شرط عدم المنافسة فنقضت محكمة النقض هذا الحكم وألزمت العامل بشرط عدم المنافسة بالرغم من إنهاء عقده خلال فترة الاختبار .

(٤) Lyon. caen et Pélissier. les grands arrets de droit du travail. P. 225 et s.

licenciement من جانب رب العمل، ولا بالاستقالة démission من جانب العامل. لأن انهاء العقد لا يتم إعمالاً للإرادة المنفردة من جانب أحد المتعاقدين، بل إعمالاً للشرط المنهي. وهذا ما يبرر عدم التقيد بالإخطار السابق أو التعويض في حالة الإنهاء بالارادة المنفردة لعقد العمل.

٤٩ – نقد هذا الرأي:

لقد انتقد الأستاذ بولان هذا الرأي لأن هذاالتحليل السابق وإن كان جذاباً seduisante ويبرر حرية الإنهاء خلال فترة الاختبار، إلا أن يصطدم باعتراضات قانونية هامة. كما أنه لا يضيف جديداً إذا قورن بفكرة الشرط الفاسخ.

ففكرة الشرط المنهي التي قال بها أصحاب هذا الرأي هي فكرة غير معروفة في القانون، حيث يبدو أنها تمزج بين نظامين قانونيين مختلفين بل ومتناقضين. فالقانون المدني يميز في أوصاف الالتزام بين الشرط condition والأجل terme. والشرط يمكن أن يكون واقفاً أو فاسخاً، والأجل يمكن أن يكون واقفاً أو منهياً للالتزام. أما أن يقال بوجود شرط "منهي" فإن هذا يعتبر تطبيقاً لنظام خاص بالأجل ولا علاقة له بالشرط. فلا يجوز أن نصف الشرط بأنه منهي.

وبالإضافة إلى ذلك فإننا إذا دققنا النظر في هذا التحليل فإننا لا نكتشف أي اختلاف بين فكرة الشرط الفاسخ الذي لا يكون له أثر رجعي في نطاق عقد العمل، وبين فكرة الشرط المنهي، حيث إنه في الحالتين يتم زوال عقد العمل بدون

أثر رجعي [1].

وأخيراً فإن فكرة الشرط المنهي إذا كانت تسمح بانهاء العقد بدون إخطار سابق préavis فإنه يرد على ذلك بأن الإعفاء من الإخطار السابق لم يعد من جوهر فترة الاختبار. فهناك الكثير من الاتفاقيات الجماعية تفرض على رب العمل الإخطار السابق. كما أنه يجوز الاتفاق في عقد العمل ذاته على ضرورة الإخطار السابق في حالة الإنهاء [2].

ويضاف إلى ذلك أن الدائرة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية قد حكمت منذ زمن ليس بالقصير بضرورة الإخطار السابق – وأنه يعتبر من النظام العام – عندما يقع إنهاء عقد العمل بشرط الاختبار لعامل تكون له أقدمية في العمل لأكثر من ستة شهور حتى لو كان ما يزال في فترة الاختبار [3].

كما أن عدم التعويض عن إنهاء العقد أثناء فترة الاختبار إنما يرجع في الحقيقة إلى الطابع الشخصي البحت لتقدير التجربة، بحيث لا يجوز للقاضي أن يحل محل رب العمل في التقدير [4].

---

(١) Guy Poulain. P.475.

(٢) Poulain.P.475-476.

(٣) Soc.29 oct 1973. Bull. civ.V.No 525. P.481.

(٤) حسام الأهواني . رقم ٣٥٠.

المطلب الثالث

عقد العمل بشرط الاختبار عقد عمل عادي

٥٠ - تمهيد وتقسيم:

إزاء الانتقادات التي وجهت إلى الآراء القائلة بأن عقد العمل بشرط الاختبار هو عقد مزدوج، أو هو عقد واحد معلق على شرط واقف، أو فاسخ، أو منهي. اتجه الفقه الحديث إلى تكييف عقد العمل بشرط الاختبار بأنه عقد عمل عادي شأنه شأن عقد العمل المبرم بدون فترة الاختبار. أما عن تأثير شرط الاختبار على العقد من ناحية حرية الإنهاء في خلال هذه الفترة فقد فسرها البعض منهم بفكرة التطور التدريجي لعقد العمل بشرط الاختبار، وفسرها البعض الآخر بفكرة خيار العدول الذي يوجد في العقد غير اللازم. وسوف نعرض لهاتين الفكرتين بالتفصيل.

٥١ - فكرة التطور التدريجي لقعد العمل بشرط الاختبار:

يرى بعض الفقهاء الفرنسيين [١] أن عقد العمل بشرط الاختبار هو عقد عمل عادي وموحد ولكنه يقوى تدريجياً Un contrat unique qui progressivement se consolide فالمسألة في الحقيقة لا علاقة لها بأوصاف الالتزام [٢]. ولكن المقصود هو تحديد مضمون فترة الاختبار نفسها التي يكون من أثرها أن يقوى العقد وتتوطد علاقات المتعاقدين بصورة تدريجية متتابعة، وذلك حتى تبلغ ذروتها في القوة مع

(١) Sinay. P.151. Poulain P. 476.

(٢) Camerlynck. contrat de travail. No 158.

امتداد الزمن بحيث تصبح قابلة لأن تنسلخ عن أصلها الذي نشأت منه أول مرة . وهذا ما يحدث بالضبط في عقد العمل بشرط الاختبار الذي يكون فسخه سهلاً ميسوراً في أثناء فترة الاختبار عنه بعد انتهاء تلك الفترة . ولكن هذا الاختلاف مجرد اختلاف في الدرجة degré وهذا الاختلاف في الدرجة ليس مستمراً وإنما يكون مؤقتاً بل يمكن أن يقال أنه عارض précaire وهذه الحالة العارضة التي تميز فترة الاختبار هي التي تسمح بحرية الإنهاء في خلال هذه الفترة .

ومتى انتهت هذه الفترة بنجاح فإن العقد يكون قد اشتد عوده وازدادت صلابته، وذلك بسبب أقدمية العامل في العمل، وتحسين أوضاعه سواء من حيث الأجر أو من حيث الأجازات . وهذا ما يوضح فكرة التطور أو النمو التدريجي لعقد العمل بشرط الاختبار . وهذا يفسر لنا وجود اختلاف في أحكام الإنهاء في أثناء الاختبار عنه بعد انتهائه [1] . ولذلك فإن الاتفاقيات الجماعية والفقه الحديث لم يعد يتكلم عن عقد عمل تحت الاختبار بل عن فترة اختبار في عقد عمل .

والخلاصة أنه يطبق على العقد في فترة الاختبار جميع القواعد القانونية التي تطبق علي عقد العمل، وذلك باستثناء ما يتعلق منها بضمانات الإطمئنان في الوظيفة sécurité de L'emploi (الإخطار والتعويض عن الإنهاء) . ومع ذلك إذا اتفق

---

(١) الأهواني . رقم ٣٥١، علي نجيدة ص ٣١٦ وفي الفقه الفرنسي : Sinay.P.161 et Poulain. P. 476.

الطرفان أو نصت اتفاقية العمل على بعض هذه الضمانات وجب احترامها [1] . بل إن هناك اتجاهاً قضائياً في فرنسا يستلزم ضرورة الإخطار السابق على إنهاء العقد مادام العامل قد اكتسب أقدمية ستة أشهر في العمل حتى لو كان ما يزال في فترة الاختبار[2] .

بل إن حرية الإنهاء نفسها لم تعد مطلقة بصفة كاملة [3] بحيث أن الإنهاء لو كان خارج نطاق تقدير الصفات المهنية والنفسية للعامل فإن الإنهاء يكون تعسفياً ويستحق العامل تعويضاً عما لحقه من أضرار من جراء ذلك [4] .

٥٢ - عقد العمل بشرط الاختبار عقد غير لازم:

ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن عقد العمل بشرط الاختبار عقد غير لازم [5] أي أنه يجوز العدول عنه من جانب أي من المتعاقدين مادام أن شرط الاختبار مقرر لمصلحتهما . لأن العقد غير اللازم هو عقد صحيح ونافذ توافرت فيه أركان انعقاده وشروط صحته، إلا أنه يجوز لطرفيه أو لأحدهما أن يستبد بانهائه بإرادته

---

(١) Poulain. P. 476.

(٢) Soc .29 oct 1973. Préc.

(٣) كما سيتضح في المبحث الآتي الخاص بالانهاء .

(٤) Sinay. P. 161-162.

(٥) لبيب شنب . رقم ٩٦، عبد الناصر العطار . شرح أحكام قانون العمل سنة ١٩٨٨ ، رقم ٢٧ .

المنفردة دون أن يتعرض لأي مسئولية [1] .

فشرط الاختبار هو إذن شرط عدول وخيار ، ينشيء رخصة العدول عن عقد العمل لمن جعل الشرط لمصلحته . وتظل هذه الرخصة قائمة طوال مدة الاختبار ، حيث إنه يجوز لأحد الطرفين أن يمارس هذه الرخصة فينهي العقد بإرادته المنفردة ، دون أن يكون لهذا الإنهاء أي أثر على ما حققه العقد في الماضي من آثار . ولذلك فإنه من المفضل أن نطلق عى رخصة الإنهاء رجوع عن العقد غير الازم وليس فسخ ، لأن الفسخ له أثر رجعي ، في حين أن الرجوع ليس له هذا الأثر [2] .

أما إذا انقضت فترة الاختبار دون أن يمارس أي من الطرفين رخصة العدول أو الرجوع عن العقد ، فإن هذه الرخصة تنقضي ويصبح العقد لازماً - بعد أن كان غير لازم بمقتضى شرط الاختبار - وبالتالي لا يجوز إنهاؤه إلا وفقاً لقواعد انهاء عقد العمل محد المدة أو غير محدد المدة بحسب اتفاق الطرفين [3] .

ولقد انتقد البعض [4] فكرة العقد غير اللازم على أساس أن إداراج بند الاختبار في عقد العمل لا ينال من قوته الملزمة ، ولا يجعل منه عقداً غير لازم فهو لا يختلف

(١) تنص المادة ٢١٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه " يكون العقد غير لازم بالنسبة إلى أحد عاقديه أو لكليهما رغم صحته ونفاذه إذا شرط له حق فسخه دون تراض أو تقاض " .

(٢) عبد الناصر العطار . مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية ١٩٩٧ رقم ٩٤ .

(٣) محمد لبيب شنب . رقم ٩٦ ، عبد الناصر العطار . عقد العمل . رقم ٢٧ .

(٤) محمود جمال الدين زكي ص ٦٧٧ .

عن العقد الذي يخلو منه إلا في مكنة إنهائه ويجب بالتالي على طرفيه تنفيذه، ولا يستطيع صاحب العمل استناداً إلى بند الاختبار التحلل منه قبل تنفيذه بتجربة قدرات العامل.

ومع ذلك فإننا نرى أن هذا النقد لا يمس هذا الرأي في شيء. لأن العقد غير اللازم هو عقد نافذ يجب تنفيذه في الحال بمجرد إبرامه، غير أنه يجوز لأي من طرفيه أو لأحدهما فقط على حسب الأحوال الرجوع في هذا العقد بإرادته المنفردة.

٥٣ – رأينا في الموضوع:

بعد أن استعرضنا الآراء المختلفة التي قيلت في تكييف عقد العمل بشرط الاختبار، أو بيان أساس إنهاء العقد خلال هذه الفترة. فإننا نرجح ما ذهب إليه الرأي الأخير من أن عقد العمل بشرط الاختبار هو عقد غير لازم، لأن هذا التكييف هو ما يتفق تماماً في رأينا مع نظام العمل بشرط الاختبار. فعقد العمل بشرط الاختبار هو عقد واجب التنفيذ في الحال، وتترتب عليه جميع آثاره منذ انعقاده من أداء العمل ودفع الأجر واستحقاق الأجازات... الخ غير أن هذا العقد يجوز الرجوع فيه وإنهاؤه بالإرادة المنفردة من جانب من كانت فترة الاختبار لمصلحته وذلك دون أن يكون لهذا الرجوع أثر رجعي، وإنما ينتج آثاره من تاريخ وقوعه فقط. وتجدر الإشارة إلى أن الأصل في العقود أن تكون لازمة، بحيث لا يجوز لأحد الطرفين أن يرجع في العقد بإرادته المنفردة، وذلك ما لم تكن طبيعة العقد نفسه (كالوكالة والوديعة بغير

أجر) تقتضي عدم اللزوم، أو يكون العقد قد دخله أحد الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي والتي من شأنها أن تؤدي إلى عدم لزوم العقد كخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب . ولاشك في رأينا أن عقد العمل بشرط الاختبار أقرب إلى أن يكون عقد عمل مع خيار الشرط . فالتجربة بمثابة خيار الشرط لأحد المتعاقدين أولهما معاً على حسب اتفاقهما .

ولاشك أن هذا التكييف الذي رجحناه يمتاز بالاستغناء عن فكرة عدم إعمال الأثر الرجعي للشرط الفاسخ . إذ أن طبيعة الرجوع عن العقد غير اللازم ألا يكون له أثر رجعي . كما أنه يوضح جيداً الأساس القانوني لانهاء العقد بالحرية الكاملة - كقاعدة - لكلا الطرفين . إذ إن مقتضى عدم لزوم العقد جواز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة . وأخيراً فإننا لا نعدم الأساس القانوني للآثار المترتبة في الفترة السابقة على الإنهاء حيث تكون مستندة إلى عقد العمل نفسه . كما أنه ينسجم مع الأفكار والمصطلحات الفقهية الموجودة في شريعتنا الغراء .

المبحث الثاني

قواعد انهاء عقد العمل بشرط الاختبار
Régles de rupture

٥٤ – تمهيد وتقسيم :

إن السمة الجوهرية لعقد العمل بشرط الاختبار هي تخويل كلا الطرفين حق إنهاء العقد خلال فترة الاختبار، وذلك إذا لم يرض عن نتيجة الاختبار. ويتم ذلك – كقاعدة – بدون إخطار أو تعويض .

ومع ذلك فإن حق رب العمل في إنهاء عقد العمل في فترة الاختبار شأنه شأن أي حق، يجب ألا يكون مشوباً بالتعسف في استعمال الحق ومن قبيل ذلك نية الإضرار بالعامل. ولذلك فإن فكرة التعويض ليست مستبعدة كلية في هذا الصدد، حيث يجب أن يكون الإنهاء بسبب نتيجة التجربة وإلا كان رب العمل مرتكباً لخطأ يستوجب الحكم عليه بالتعويض .

يضاف إلى ذلك من جانب آخر أن فكرة الإخطار السابق لا تتعارض كلية مع فكرة إنهاء العقد في أثناء فترة الاختبار، حيث تنص كثير من الاتفاقيات الجماعية في فرنسا على ضرورة الإخطار السابق على الإنهاء. كما أنه يجوز للطرفين الاتفاق صراحة على عدم وقوع الإنهاء إلا بعد إخطار الطرف الآخر خلال مدة معينة [1] .

---

(١) Guy poulain. p. 469- 470; Le contrat de travail dans Le droit des pays membres de la C.E.C.A : G. Boldt. No 67.

وبناء على ذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حرية إنهاء عقد العمل بشرط الاختبار .

المطلب الثاني : الرقابة القضائية على الإنهاء التعسفي .

المطلب الثالث : مدى التقيد بالإخطار السابق على الإنهاء .

المطلب الأول

حرية إنهاء عقد العمل بشرط الاختبار
Liberté de rupture

٥٥ - الاعتراف لرب العمل بالسلطة التقديرية في الإنهاء :

لاشك أن أهم ما يميز شرط الاختبار في عقد العمل هي السلطة التقديرية المتروكة لكل واحد من الطرفين في إنهاء العقد بإرادته المنفردة في أي وقت خلال هذه الفترة، وعلى وجه الخصوص رب العمل إذا اتضح له عدم صلاحية العامل .

ويستند هذا الحق في الإنهاء في مصر إلى نص المادة ٧١/ ٥ من قانون العمل التي جعلت من أسباب انقضاء عقد العمل عدم ثبوت صلاحية العامل خلال فترة الاختبار .

ويتأسس هذا الحق في الإنهاء في الامارات على نص المادة ٣٧ من قانون العمل الاتحادي التي أجازت لصاحب العمل الاستغناء عن خدمات العامل خلال هذه الفترة دون إنذار ودون مكافأة نهاية الخدمة .

أما في فرنسا فإنه على الرغم من عدم وجود نص تشريعي في قانون العمل ينص على ذلك صراحة [1] إلا أن الفقه [2] والقضاء [3] مستقران على الرخصة التقديرية لرب العمل - وكذلك العامل - في إنهاء العقد خلال فترة الاختبار، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل نفسه محل رب العمل في تقدير صلاحية العامل :

وبناء على ذلك فإنه من البديهي انتفاء سلطة رب العمل في إنهاء العقد قبل سريان فترة الاختبار [4] إلا أنه من المستقر عليه جواز إنهاء العقد خلال الأيام الأولى للاختبار [5] . بل وحتى لو كان ذلك منذ اليوم الأول للاختبار مادام قد اتضح لرب العمل عدم صلاحية العامل ، وأنه لا جدوى من الاستمرار في الاختبار [6] . ومع ذلك فإن رب العمل قد يتأخر في إنهاء العقد حتى آخر يوم في مدة الاختبار [7] .

---

(١) Sinay.p.157.

(٢) Lyon- Caen; Pélissier et supiot. No 209; Alain caille No 271; Camerlynck. contrat de travail. No 162' encycl. D.No 136'sinay p.157. Auvergnon.p.801'Poulain p.472.

(٣) Soc. 25 Mars 1985.Bull.v.No 202.
Soc. 28 Mai 1983. J.C.P.1983.1v.240.
Soc.26 Mai 1983.Bull.civ.v.199.
Soc. 6 Mars 1980. J.C.P.1980.1v.193.
Soc.23 Mars 1972 .D .1972.D.1972.468.

(٤) Aix-en- Provence.20 Mars.1968. D. 1968.369.

(٥) Soc.4 oct 1979.Bull.civ.v.501
Soc. 7 Mars 1973.Bulle. civ. 1v.61.
Soc.5 déc 1963.Bull.civ.1v.708.

(٦) Soc. 6 Mars 1980.Bull. civ. v. 741.

(٧) Soc.9 déc 1964.Bull.civ.1v.681.

ومع ذلك فإنه يلاحظ أنه إذا تم الاتفاق على حد أدنى لمدة الاختبار ، فلا يجوز لرب العمل إنهاء العقد خلال هذه المدة ، وإلا كان مسئولاً مسئولية عقدية لإخلاله بالتزامه [(١)] ويرجع الهدف من اشتراط حد أدنى لمدة الاختبار إلى حماية العامل وتجنبه الحكم السريع على قدرته خلال مدة وجيزة قد لا تفصح حقيقة عن كل قدراته [(٢)] .

٥٦ – مفهوم صلاحية العامل :

إذا كان من المستقر عليه في فرنسا أن لرب العمل حق إنهاء العقد خلال فترة الاختبار إذا ثبت لديه عدم كفاءة العامل ، كما أن القانون المصري والقانون الإماراتي قد جعلا من أسباب انقضاء علاقة العمل ثبوت عدم صلاحية العامل خلال فترة الاختبار . فإنه يكون من الضروري أن نحدد مفهوم عدم صلاحية العامل باعتبار أنها هي التي تقود رب العمل إلى اتخاذ قراره بالإنهاء تقود رب العمل إلى اتخاذ قراره بالإنهاء .

ويمكن القول أن الفقه في مصر [(٣)] وفي فرنسا [(٤)] يتفق على أن صلاحية العامل

---

(١) Soc. 14 juin 1962.J.C.P.19671v.114.
trib. inst. Lorient. 24 juien 1969.J.C.P.1969.1v.129.

(٢) أستاذنا الدكتور حسام الأهواني ص ٣٥١ .

(٣) توفيق فرج . ص ٢٨٨ ، جمال زكي . ص ٦٨٩ ، عبد الودود يحيى . ص ١٦٢ ، حسن كيرة . ص ٢٨٨ ، حسام الأهواني ص ٣٦٤ .

(٤) Auvergnon. p. 801; Héléne sinay. p.157; Poulain.p.472; Camerlynck. contrat de travail. No 165.

لا تقتصر على النواحي الفنية أو الكفاءة المهنية بالمعنى الضيق، بل تشتمل كذلك وبالضرورة على أوجه الصلاحية الإنسانية والخلقية. كحسن التعاون وحسن الخلق وتكيفه مع زملائه ورؤسائه في العمل، وغير ذلك من الأمور التي يراها صاحب العمل موضع تقديره كالألفة بينه وبين رب العمل بما يحقق السهولة في التعامل بينهما.

ولاشك أن أحد هذه العناصر السابقة يمكن أن تقود رب العمل إلى اتخاذ قراره بالإنهاء [(١)] .

وبناء على ذلك حكم القضاء المصري بحق رب العمل في إنهاء علاقة العمل خلال فترة الاختبار مع العامل (صحفي) لثبوت عدم التعاون بينه وبين زملائه، في حين أن العمل في الجريدة " يقوم على التعاون التام بين رجالها في سبيل هدف واحد وسياسة واحدة مرسومة، حتى لا تصدر مفككة متضاربة ، مما يزعزع الثقة فيها ويبعد بينها وبين القراء " [(٢)] .

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بجواز فصل العامل في فترة الاختبار لعدم تقبله السلطة الرئاسية له في العمل [(٣)] . أو لعدم قدرته على التكيف والتعايش مع

---

(١) Auvergnon. p. 801.

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩ فبراير سنة ١٩٥٥ . مدونة الفكهاني جـ ١ القاعدة رقم ١٥٣ .

(٣) Paris.23 Nov.1990.D.1992.p.101.

فريق العمل الموجود مما أحدث صعوبة في إقامة علاقات أو تعامل معه [1] .

وخلاصة القول انه لا يقصد بصلاحية العامل كفاءته المهنية فحسب، ولكنها تشمل كذلك الصلاحية الإنسانية . وهذه الأخيرة تزداد أهميتها كلما كانت الوظيفة التي يشغلها العامل على قدر من الأهمية في السلم الوظيفي، وهذه الصفات تحتاج إلى وقت أطول لاكتشافها [2] .

وبناء على ذلك فإن إنهاء عقد العمل بشرط الاختبار لثبوت عدم صلاحية العامل على النحو الذي بسطناه لا يعتبر عقوبة تأديبية ، وإنما هو استعمال صاحب العمل لسلطته التقديرية في إنهاء عقد العمل لعدم رضائه عن نتيجة التجربة . ولذلك لم يدرج القانون المصري والقانون الإماراتي هذا الإنهاء ضمن حالات الخطأ الجسيم المجيز لفصل العامل، وإنما أورده ضمن حالات انقضاء علاقة العمل [3] .

٥٧ – كيفية ممارسة الإنهاء :

ولكن هل يلتزم رب العمل بطريقة معينة عند ممارسته لانهاء عقد العمل بشرط الاختبار ؟

---

(١) Soc. 4 oct. 1979. Bull.civ.v.501.

(٢) أستاذنا الدكتور حسام الأهواني ص ٣٦٤ .

(٣) أحمد شوقي المليجي ص ١٥٩ . وراجع كذلك المادة ٧١/ ٥ من قانون العمل المصري، والمادة ٣٧ من قانون العمل الإماراتي الاتحادي .

لاشك أن الجواب على هذا التساؤل يختلف - في رأينا - في فرنسا عنه في مصر :

فمن المستقر عليه في فرنسا جواز إنهاء العقد في فترة الاختبار بأية طريقة كانت ، دون الالتزم بشكل معين . والمهم أن يثبت رب العمل إبلاغ العامل بإنهاء العقد [١] .

ولذلك حكمت محكمة النقض الفرنسية الدائرة الاجتماعية بصحة الإنهاء عن طريق إبلاغ العامل شفاهة من قبل رب العمل [٢] . ويجوز هذا الابلاغ الشفهي حتى لو كان الاتفاق على فترة الاختبار أو على تجديدها كان قد تم كتابة [٣] .

ومع ذلك فإن الكتابة قد تساعد رب العمل كثيراً في إثبات الإنهاء عند النزاع في وقوعه [٤] .

أما في مصر حيث أوجب القانون على رب العمل الإثبات الكتابي في مواجهة العامل ، سواء فيما يتعلق بعقد العمل نفسه أوبوجود فترة الاختبار فيه . فإنه في رأينا لا يجوز له إنهاء عقد العمل إلا بالكتابة وذلك طبقاً للقواعد العامة في الإثبات التي تقضي بأنه لا يجوز إثبات عكس ما ثبت بالكتابة إلا بالكتابة . ولذلك فإنه يجب على

---

(١) Alain Caille. No 280'encycl.DNo139 ; Auvergnon.p.797.

(٢) Soc. 25 mai 1989/ R.J.S. 1989/7. No 565.

Soc. 20 Mars 1985. cahiers Prud,h. 1985/9.p.116.
Soc. 3 Mars 1971.D.1971.Somm. 206.

(٣) Soc. 25. Mai 1989. précité.

(٤) Soc. 17 Avril 1991.Bull.v. No. 200.

رب العمل الابلاغ الكتابي للعامل بانهاء عقده . ولا يجوز له الإثبات بالبينة عند وقوع منازعة في إنهاء العقد .

وفي سبيل حماية العامل فإن بعض الاتفاقيات الجماعية في فرنسا تلزم رب العمل بدفع أجر اليوم الذي تم فيه إنهاء العقد، حتى لو لم يستمر العامل في العمل حتى نهاية اليوم مادام قد بدأ العمل فيه . لأن إنهاء العقد من جانب رب العمل خلال يوم عمل، يجب أن يحمل على قبول رب العمل ضمنياً لحقوق العامل خلال هذا اليوم [1] ولكن هل يجب على رب العمل عند إبلاغ العامل أن يذكر السبب الذي أدى إلى إنهاء العقد ؟

والجواب أن رب العمل لا يلتزم عند إنهاء العقد أن يذكر السبب الحقيقي والجدي الذي قاده إلى إنهاء العقد إذ أن قراره بالإنهاء يقوم قرينة على عدم صلاحية العامل [2] . بل إن ذكر المبررات التي قادته إلى الإنهاء ليست في مصلحته، إذ قد تسمح للعامل بإثبات الجانب التعسفي للانهاء [3] . ولذلك يكتفي رب العمل غالباً بالإشارة إلى عدم صلاحية العامل دون ذكر الأسباب أو المبررات [4] ، حيث إن الأمر

---

(١) Camerlynck. encycl. D.No 139.

(٢) Alain Caille No 280; encycl.D.No149; Lyon-caen et supiet No 20 Soc. 13 Nov 1985. gaz. pal. 9 Avril 1986. somm.p.12.

(٣) وهذا ما حدث بالفعل حيث أن رب العمل قد ذكر أن إنهاء العقد بسبب جنسية العامل المغربية . فحكم القضاء بالخصيصة التعسفية للإنهاء : أنظر : Crim. 14 oct 1986.Bull. crim . No 287.

(٤) Auvergnon. p. 797; Poulain.p472.

يتعلق بالسلطة التقديرية المخولة له في إنهاء العقد. لأن الجوهري في العمل بشرط الاختبار هو إنهاء العقد في أي وقت خلال فترة الاختبار بدون مطالبة من يمارس الإنهاء بمبررات هذا الإنهاء "[1] .

٥٨ – حكمة وجود السلطة التقديرية في الإنهاء لرب العمل :

يمكن إرجاع السلطة التقديرية الممنوحة لرب العمل في إنهاء عقد العمل بشرط الاختبار، وعدم التزامه بذكر مبررات الإنهاء إلى أن عقد العمل من أكثر العقود قياماً على الاعتبار الشخصي. ذلك لأن العامل ينضم غالباً إلى المشروع على أساس شهادات علمية أو شهادات خبرة يقدمها إلى رب العمل، وهذه الشهادات وإن كانت ترجحتوافر الكفاءة الفنية في العامل، إلا أنه مع ذلك قد لا يستطيع العامل التكيف مع ظروف العمل في المشروع لتناقض طباعة ومزاجه الشخصي مع رب العمل أو مع فريق العمل الموجود. لذلك فإن الصفات الانسانية لا تقل أهمية من وجهة نظر رب العمل عن الصلاحية الفنية، بل قد تتفوق عليها بالنسبة لمن يشغلون وظائف عليا في المشروع. وذلك على خلاف العمال الذين يشتغلون في قاعدة السلم، حيث إن الجوهري بالنسبة لهم من وجهة نظر رب العمل هو توافر الصفات الجسدية فيهم [2] .

ولاشك أن الصفات الانسانية تحتاج إلى وقت طويل حتى يستطيع رب العمل الحكم عليها، أو على حد تعبير البعض " إن تقدير الشخصية الإنسانية عمل يحتاج إلى

(١) Soc 13 Nov. 1985. Bull.v. No 526.

(٢) Guy Poulain.p.472.

نفس طويل " [1].

واستقراء الأحكام القضائية في فرنسا يشير كذلك إلى أن تقدير الصفات الإنسانية هي التي أدت إلى وجود الحرية الكاملة لرب العمل في إنهاء العقد خلال فترة الاختبار . ذلك لأنه ما من شك في أن الصفات الأخلاقية وعنصر الاتصال الشخصي، وسهولة التعامل ومدى انسجام العامل مع رب العمل أو مع زملائه العمال . وغير ذلك من الصفات الانسانية أمر تقديري لرب العمل، لأنه يختلف من شخص إلى آخر وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يحل نفسه محل رب العمل في هذا التقدير [2].

وإذا كان من الممكن عند الاقتضاء قبول الرقابة القضائية بالنسبة للصفات الفنية للعامل عند الاقتضاء، باعتبارها من طبيعة موضوعية . فإنه لا يبدو أبداً مقبولاً الرقابة القضائية على توافر الصفات الإنسانية في العامل، لأنها من طبيعة ذاتية أو شخصية يختلف فيها أمر التقدير [3] بل وحتى لو ادعى العامل أن قصر فترة الاختبار لم تمكن صاحب العمل من الاكتشاف الكامل لقدراته وصفاته [4].

---

(١) Sinay.p.151.

(٢) Soc. 20 déc 1977. Bull. civ. v. No 720.
Soc. 1er juill 1976. Bull. civ. v. No 411.

(٣) Poulain.p.473; sinay.p.15

(٤) Sinay.p. 157.

المطلب الثاني
الرقابة القضائية على الإنهاء التعسفي

٥٩ – تمهيد :

إذا كنا قد انتهينا في المطلب السابق إلى السلطة التقديرية لرب العمل في إنهاء عقد العمل بشرط الاختبار . فهل معنى ذلك أن هذه السلطة التقديرية سلطة مطلقة لا تخضع لأية رقابة أم أنها شأن كل الحقوق يجب ألا يتعسف في استعمالها . وبمعنى آخر يجب أن يتقيد الإنهاء بالهدف من التجربة ؟ .

للإجابة على هذا التساؤل فإننا نقول لقد مر القضاء الفرنسي بتطور في هذا الشأن فإذا كان قد اعترف في البداية لرب العمل بالسلطة التقديرية المطلقة في إنهاء العقد في فترة الاختبار ، فإنه عاد وعدل عن هذا الاتجاه بفضل انتقاد الفقه لهذا القضاء بشدة، الأمر الذي دفع المحاكم وعلى رأسها محكمة النقض إلى تغيير موقفها . وأقرت أنه يجب على رب العمل ألا يكون متعسفاً في استعمال حقه في إنهاء العقد خلال فترة الاختبار ، وإلا كان الإنهاء غير مشروع ويستوجب الحكم للعامل بالتعويض .

كما أن الفقه والقضاء في مصر مستقران على خضوع سلطة رب العمل في إنهاء عقد العمل بشرط الاختبار لقاعدة عدم جواز التعسف في استعمال الحق وأنها بالتالي ليست سلطة تقديرية مطلقة . وهذا ما نستعرضه فيما يأتي بالتفصيل :

٦٠ - رفض القضاء الفرنسي في البداية ممارسة أية رقابة على الإنهاء :

لقد رفض القضاء الفرنسي في البداية مباشرة أي رقابة قضائية على إنهاء العقد خلال فترة الاختبار من جانب رب العمل، حيث كان يصف الإنهاء بأنه الحق الأكثر إطلاقاً وبالتالي فإن فكرة التعسف كانت تبدو في نظره غريبة وبعيدة عن مجال فترة الاختبار.

وبناء على ذلك حكمت محكمة النقض الفرنسية أن " رب العمل هو الحكم الوحيد في مسألة كفاءة العامل أثناء فترة الاختبار، ويفترض أن الإنهاء كان سببه عدم كفاءة العامل وليس هناك مجال لإثبات أي باعث آخر " [١].

ولقد وصل اعتراف محكمة النقض الفرنسية بالرخصة المطلقة لرب العمل في إنهاء عقد العمل بشرط الاختبار أقصى مداه في حكم لها سنة ١٩٤٥ جاء فيه " أنه يمكن في أثناء فترة الاختبار إنهاء العقد في أية لحظة أياً كان الباعث ..... وذلك دون إمكانية قيام فكرة التعسف ودون إمكانية المطالبة أصلاً بالتعويض " [٢].

بل إن محكمة النقض في حكم عجيب لها اعترفت بصحة إنهاء العقد في فترة الاختبار بسبب ميول العامل السياسية (عدم إعجابه بما فيه الكفاية بالحكومة القائمة

---

(١) Civ. 18. Avril 1932. gaz. pal. 1932.2.183.
en meme sens. soc. 18. janv 1957. J.C.P. 1957. 11.9887. Note . G.D.

(٢) Soc . 15. janv 1945. dr . soc. 1946. p. 36. obs. J.Carabonnier.

في هذا الوقت وهي حكومة فيشي) [1] ولاشك أن هذا الحكم الغريب يتضمن خرقاً واعتداءً جسيماً على حرية الرأي المعترف به لكل عامل . ولذلك فإننا نقول - وبحق - أن عدم ممارسة القضاء لأية رقابة على الإنهاء في فترة الاختبار جعل هذا الحق ينقلب إلى نوع من التعسف abus أو التحكم arbitraire من جانب رب العمل .

٦١ - اعتراف القضاء بالرقابة على الإنهاء التعسفي :

إزاء الانتقادات العديدة التي وجهت من الفقه [2] إلى الأحكام القضائية الذاهبة إلى حصانة الإنهاء ضد أية رقابة ، حيث يكون دائماً مغلفاً بغلاف المشروعية . عدل القضاء الفرنسي عن موقفه السابق . وأقر أن حق رب العمل في إنهاء العقد ليس حقاً مطلقاً ، وإنما شأنه شأن سائر الحقوق يكون قابلاً للتعسف فيه . لأن الإنهاء أثناء فترة الاختبار إذا كانت تقوم قرينة لصالحه على المشروعية فإن هذه القرينة ليست قاطعة présomption irrefra gabe ، وإنما يمكن إثبات عكسها . كما لو أنهى صاحب العمل العقد بسوء نية تعسفاً من جانبة .

حيث يكون رب العمل قد خرج بالإنهاء في هذه الحالة من دائرة المباح إلى دائرة المحظور [3] .

---

(١) Soc.5.janv. 1945. rev. trim. dr civ. 1945.p.122.

(٢) P.Durand. Le droit de travail. T. 2.1950. No 165;sinay.p.158.

(٣) Camearlynck. droit de travail. No 166; encycl. D.No 143; Lyon - caen; pélissier et supiot. No 209; sinay. p.158.

ولذلك استقرت أحكام محكمة النقض الفرنسية الدائرة الاجتماعية على حق العامل في الحصول على التعويضات اللازمة إذا أثبت أن إنهاء العقد في فترة الاختبار قد شابه سوء النية من جانب رب العمل، أو أساء استعمال سلطاته أو كان الإنهاء بصورة يستحق اللوم Blamable [1] .

ونحن من جانبنا نؤيد تماماً هذا التحول في اتجاه القضاء الفرنسي ، لأن رب العمل لا يكون حراً تماماً وبصفة مطلقة في إنهاء العقد أثناء فترة الاختبار، وإنما يجب عليه أن يتقيد بالغاية من الاختبار وهي صلاحية العامل فإذا تجاوز رب العمل هذه الحدود فإن الإنهاء يكون تعسفياً ويخضع للتعويض طبقاً للقواعد العامة .

٦٢ – تطبيقات قضائية في فرنسا للتعويض عن الإنهاء التعسفي :

تعددت التطبيقات القضائية في فرنسا بشأن حق العامل في التعويض عن الإنهاء التعسفي لعقد العمل بشرط الاختبار مادام أن العامل قد أثبت التعسفومن قبيل ذلك توافر نية الإضرار لدى رب العمل . فعبء الإثبات يكون دائماً على عاتق العامل [2] .

أما إذا لم يثبت العامل إساءة استعمال السلطة من جانب رب العمل فإن المحكمة ترفض طلب التعويض لوجود قرينة على أن الإنهاء في فترة الاختبار يرجع إلى عدم

---

(١) Soc. 25 Mars. 1985. Bull.V.No 203.

Soc. 28.oct.1982.D.1982.inf. Rap.114.
Soc.10 Mai 1973.D.1973.inf.Rap.120.
Soc . 16. juin.1076.Bull. civ.V.310.

(٢) SOC.15. Dec 1971.BULe.CIV.V.628.

Paris. 21 ch. 21 janv. 1986. inédit. cité. par Auvergnon.p.803.

صلاحية العامل [١].

وبناء على ذلك حكمت محكمة النقض الفرنسية بعدم مشروعية الإنهاء واستحقاق العامل تعويضاً عنه إذا ثبت أن رب العمل لم يتعاقد مع العامل بشرط الاختبار إلا بقصد الاستيلاء والاستحواز على عملاء رب العمل القديم للعامل تحت الاختبار، ثم أنهى عقده بعد ذلك [٢]. أو كان ذلك بقصد شغل وظيفة قد خلت لديه بصفة مؤقتة interim [٣]، أو كان سببه طلب العاملة أجازة للزواج بحجة أنها لم تعلمه عند إبرام العقد بأنها كانت مخطوبة [٤]. .

ويدخل في ذلك أيضاً إنهاء العقد لاعتبارات سياسية [٥]، أو لاعتبارات تتعلق بالجنسية بل إن رب العمل يسأل جنائياً أيضاً في هذه الحالة بسبب جريمة العنصرية raciste [٦].

كما يعتبر إنهاء تعسفياً ذلك الإنهاء الذي كان الدافع عليه طلب العامل لبعض

---

(١) Soc. 6 Mars 1980. BULL.CIV.V.1

(٢) Soc.16 juin 1976.Bull. civ.v.310.

(٣) Soc.22 fév 1979.D.1979. inf . Rap. 424. obs. Ph. Langlois.

(٤) Soc. 17 Mars 1971. J.C.P. 1971.11.16870.Note H.G.

(٥) Versailles. 9. Mai 1986.D.1987.5.

(٦) المادة ٤١٦ عقوبات فرنسي وكذلك : Crim . 14 oct 1986. Bull. crim. No 87.

مستحقاته لدى رب العمل [١] أو إثر استلام رب العامل لخطاب من العامل يستوضح فيه مضمون بعض الشروط التعاقدية [٢] . أو بسبب استدعاء العامل للخدمة العسكرية [٣] .

٦٣ - خلاصة وتعليق :

لاشك أن الأحكام القضائية السابقة - وغيرها كثير - يقطع بالقول أن حرية الإنهاء في فترة الاختبار ليست مطلقة ، وإنما تجد قيدها الطبيعي في الغاية من التجربة . ذلك لأن حق الإنهاء الإنفرادي شأن سائر الحقوق يجب أن يمارس في نطاق الهدف المرسوم له . فإن حاد عن ذلك كان تعسفياً يستوجب التعويض . ولذلك إذا أثبت العامل أن الباعث على الإنهاء اعتبارات لا علاقة لها بالاختبار فإنه يكون تعسفياً . ولاشك أن ذلك يوفر الحماية للعامل من الإنهاء التعسفي في فترة الاختبار ، كما أنه لا يلحق ضرراً بمصلحة رب العمل ، لأنه لا يفرض عليه التعاقد مع عامل ثبت له عدم صلاحيته ، ولكن في نفس الوقت لا يجوز له إنهاء العقد لسبب غير صلاحية العامل وإلا التزم بالتعويض .

---

(١) Soc. 12 oct 1964. Bull. civ.lv. No 686.

(٢) Soc.7 janv 1988. Bull.v. No 13.

(٣) ويلاحظ أن المادة ١٢٢ - ٢ من قانون العمل الفرنسي تحظر إنهاء عقد العمل بسبب استدعاء العامل للخدمة العسكرية . وانظر حكم : Soc.2 oct 1974. dr. soc. 1975. p.123. Note J.Savatier.

٦٤ – اتفاق الفقه والقضاء في مصر على عدم جواز التعسف في الإنهاء :

استقر الأمر في فرنسا على أن سلطة رب العمل في إنهاء عقد العمل بشرط الاختبار ليست مطلقة ، وإنما يجب أن تتقيد بالغاية منها وهي صلاحية العامل ، بحيث إذا خرج الإنهاء عن تلك الدائرة كان متسماً بالتعسف في استعمال الحق .

فما هو موقف الفقه والقضاء في مصر ؟

يجمع الفقه المصري على أن استعمال حق الإنهاء في فترة الاختبار يخضع كغيره من الحقوق لقيد عدم إساءة استعمال السلطة أو عدم التعسف . بمعنى أن الإنهاء ليس حقاً مطلقاً ، وإنما يجب أن يستعمل في حدود الغرض المقصود منه وهو عدم الرضاء عن نتيجة التجربة . وبالتالي فلا يجوز أن يتم إنهاء العقد لغرض آخر وإلا كان غير مشروع ، بالتالي يستوجب الحكم بالتعويض [1] . ولا يقتصر مقدار التعويض الذي يحكم به على رب العمل على المدة الباقية من فترة الاختبار ، بل يجب أن يعوض العامل عن فرصة الاستخدام البات التي فوتها عليه الإنهاء التعسفي لعقد العمل [2] .

ويقع على عاتق العامل عبء إثبات أن الإنهاء كان لسبب آخر غير مجرد الصلاحية للعمل . كأن يثبت أن الإنهاء بسبب ميوله السياسية أو بسبب نشاطه

---

(١) حلمي مراد . رقم ٢٠٤ ، اسماعيل غانم . رقم ١١٠ ، لبيب شنب . رقم ٩٣ ، حسن كيرة . رقم ١٤٠ ، جمال زكي ص ٦٨٨ ، عبدالودود يحيى . رقم ٩٢ ، عبد الرازق فرج . رقم ٧٧ ، محمد عمران ص ١١٤ ، همام محمود ص ١٨٠ .

(٢) اسماعيل غانم . رقم ١١٠ ، لبيب شنب . رقم ٩٣ .

النقابي [1].

وبناء على ذلك حكم القضاء المصري بأنه "لم يمنح المشرع لرب العمل فسخ عقد الاختبار كرخصة مطلقة حتى لو كان في ممارستها تعد على الغير أو على من يريد صاحب هذا الحق مباشرته قبله، وإنما منح المشرع لرب العمل حق الفسخ في حدود القانون . . . . وقد أحسن المشرع المصري صنعاً عندما قرر أحكام قاعدة عدم الإساءة في استعمال الحقوق في نص المادتين ٤ ، ٥ من القانون المدني . . . . فإذا ما وقع الفسخ بغير سبب عدم الصلاحية ، فإنه يكون بلا شك فسخاً تعسفياً . وإلا كان معنى ذلك أن يكون حق الفسخ مكنة يتمكن بها رب العمل من الإفلات من أداء الالتزامات التي يفرضها قانون العمل بشأن المكافأة والانذار والتعويض بأن يتعاقد رب العمل مع عمال بعقود اختبار ثم يستعمل حق الفسخ بالنسبة لبعضهم أو كلهم عندما توشك مدة العقد على الانتهاء، وفي استطاعة رب العمل حينئذ أن يستبدل بهؤلاء عمالاً جدداً بعقود اختبار جديدة . وهكذا دواليك وهو مالا يمكن أن يكون قصد إليه المشرع " [2].

---

(١) توفيق فرج ص ٢٣٠ ، عبد الودود يحيى . رقم ٩٢.

(٢) عمال جزئي القاهرة في ١٢/٣/١٩٥٧ . القضية رقم ٥٥٧ لسنة ١٩٥٧ . قضاء العمال لحسن بسيوني ص ١٧٤.

ونفس المعنى : القاهرة الابتدائية . دائرة ٤٧ في ١٥/١٢/١٩٥٩ . القضية رقم ٣٥ لسنة ١٩٥٨ موسوعة الهواري ص ٧١.

ويحذر بعض الفقهاء [1] من المغالاة في تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق إلى الحد الذي يفقد شرط الاختبار كل قيمته . فلا تجوز التسوية بين حق الإنهاء في العقد بشرط الاختبار، والحق في الإنهاء في العقد غير محدد المدة، وإن كان لكل من الطرفين إنهاؤه بشروط معينة . ذلك لأن الحرية في الإنهاء في فترة الاختبار أوسع منها في حالة الإنهاء في العقد غير محدد المدة، وهذا الاختلاف في مدى الحرية يجب مراعاته عند إعمال نظرية التعسف في استعمال حق الإنهاء [2] .

ونحن نرى أنه لا خوف من تطبيق نظرية التعسف إذ أنه كما حكم القضاء المصري " لا يزال هناك فارق بين انهاء العقد بشرط الاختبار، وبين إنهاء العقد غير محدد المدة، لأن فسخ عقد الاختبار يكفي فيه أن يثبت لرب العمل عدم صلاحية العامل، أما العقد غير محدد المدة فلا يكون فيه ذلك ويشترط من أجل فسخه الإخطار المنصوص عليه في القانون ، فضلاً عن ارتكاب العامل أمراً من الأمور المنصوص عليها صراحة في القانون " [3] .

٦٥ – تطبيقات قضائية في مصر للإنهاء التعسفي :

تذهب أغلبية أحكام القضاء المصري إلى أنه إذا كان لرب العمل تقدير مدى صلاحية العامل للعمل أثناء فترة الاختبار، إلا أنه يتعين ألا يتعسف في استعمال حقه

(١) اسماعيل غانم . رقم ١١٠، عبد الودود يحيى . رقم ٩٢ .

(٢) لبيب شنب . رقم ٩٣ .

(٣) عمال جزئي القاهرة في ١٢/٣/١٩٥٧ . سبق الإشارة إليها في هامش الصفحة السابقة .

في انهاء العقد لعدم الصلاحية . ولذلك حكم القضاء أن انهاء العقد لعامل أصيب أثناء عمله هو فصل تعسفي لم يصدر عن حسن نية من جانب رب العمل، وإنما كان لبواعث أخرى لا تتفق وحسن النية، حيث تم إنهاء عقد العامل إثر إصابته أثناء العمل ولم يكن له علاقة بصلاحية العامل، وبالتالي يكون فصلاً تعسفياً يجب مساءلة رب العمل عنه[1] .

كما قضى أيضاً بأن " حق رب العمل في إنهاء عقد العمل بشرط الاختبار لا يزيد عن كونه حقاً من الحقوق المدنية يستعمل في حدود الأحكام والقواعد الواردة في القانون المدني، وأهمها ما نص عليه في المادتين ٤ ، ٥ من ذلك القانون اللتين أوجبتا أن يكون استعمال الحق استعمالاً مشروعاً "[2] .

ولذلك فإن الإنهاء يكون تعسفياً إذا كان لأسباب تتعلق بميول العامل السياسية أو الدينية أو النقابية ، أو لرفض العاملة عرضاً منافياً للآداب عرضه عليها رب العمل[3] كما حكم بالتعويض للعامل الذي أنهى رب العمل عقده أثناء الاختبار لمعاونته النقابة في دعواها ضد صاحب العمل، بأن سلم إليها عقد العمل الذي أبرمه

(١) محكمة قليوب في ١٢/ ٥/ ١٩٥٩ القضية رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٥٨ . حسن بسيوني ص ١٧٧ .

(٢) العمال الجزئية بالقاهرة في ١٤/ ١٠/ ١٩٥٤ الدعوى رقم ٣٣٧١ لسنة ١٩٥٤ . مشار إليها في جمال زكي ص ٦٨٨ هامش ٧٧ .

(٣) القاهرة الابتدائية في ١٩/ ٢/ ١٩٥٥ أشار إليه توفيق فرج ص ٢٣٠ هامش ٢ .

مع هذا الأخير للاستعانة به في الدعوى [1].

٦٦ - خلاصة وتعليق :

لاشك أن موقف الفقه والقضاء في مصر من تقييد الحق في انهاء عقد العمل بشرط الاختبار بعدم التعسف في استعمال الحق وتأسيس ذلك على المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني [2] هو اتجاه جدير بالتأييد لأنه يحقق الحماية للعامل أثناء فترة الاختبار حتى لا يكون الاختبار سيفاً في يد رب العمل يستعمله في مواجهة العامل متى وكيف يحلو له. وبذلك يحقق هذا الاتجاه التوازن بين حق رب العمل المشروع في عدم الاستمرار في الارتباط العقدي مع من يثبت لديه عدم صلاحيته، وبين حق العامل المعين بشرط الاختبار في ألا يفسخ عقده إلا لأسباب ترجع إلى عدم صلاحيته بالمعنى الواسع الذي سبق أن أشرنا إليه آنفاً [3].

---

(١) العمال الجزئية بالقاهرة في ١٤/ ١٠/ ١٩٥٤ الدعوى رقم ٣٣٧١ لسنة ١٩٥٤. سبق الإشارة إليه.

(٢) تنص المادة ٤ من القانون المدني المصري على أنه " من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر " وتنص المادة الخامسة على أنه " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية : أ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير ب - إذا كانت المصالح التي يرمي تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها جـ - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة " . وهاتان المادتان تقابلان المادتان ٦ ، ٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

(٣) محمد علي عمران ص ١١٥ .

٦٧ - مدى التزام العامل بشرط عدم المنافسة بعد إنهاء عقده أثناء الاختبار :

ويثار التساؤل في هذا الصدد عن مدى التزام العامل بشرط عدم المنافسة clause de non concurrence الذي كان مدرجاً في عقد عمل بشرط الاختبار ثم أنهاه رب العمل لعدم صلاحية العامل ؟

أجابت على هذا التساؤل أحكام القضاء الفرنسي بأن العامل يظل ملتزماً بشرط عدم المنافسة بعد إنهاء عقده في فترة الاختبار . لأن العقد ينتهي بدون أثر رجعي للالتزامات الناشئة من العقد . ولاشك أن شرط عدم المنافسة قد نشأ صحيحاً في ظل العقد فيستمر سريانه بعد إنهاء العقد [١] . ولقد لقيت هذه الأحكام تأييداً من الفقه [٢] .

وبناء على ذلك فإن المحاكم لم تتوان عن الحكم على العامل بالتعويض إذا أخل بشرط عدم المنافسة بعد انهاء عقده في فترة الاختبار [٣]

ومع ذلك فقد حكم القضاء الفرنسي بعدم التزام العامل بشرط عدم المنافسة بعد إنهاء عقده، إذا كانت الفترة التي قضاها في الاختبار فترة قليلة لا تسمح له بالحصول على معلومات تمكنه من منافسة رب العمل [٤] .

---

(١) Soc. 5 Mars 1975. Bull.v.p.103.No 112.
Versailles 20 sept 1988.D.1989.somm.262.

(٢) Lyon. caen et pélissier. No 209; Alain Caille.No 289; Camerlynck. No166.

(٣) Soc. 8 déc 1982. juris.soc.1983. SJ.45; Soc.29 oct 1973. Bull. civ.v.481.

(٤) Paris.18 Avril 1989.D.1990. somm.82;Paris.23 fév 1989.D.1990.somm.82.
Soc.14 Mars 1983.D.1984.inf. rap.163.obs.J.M.Béraud.

ولاشك في رأينا في سلامة هذه الأحكام التي أعفت العامل من شرط عدم المنافسة عند إنهاء عقده بعد فترة وجيزة من الاختبار لا تمكنه من الاطلاع على معلومات عن رب العمل . لأن ذلك يتمشى مع الحكمة من اشتراط شرط عدم المنافسة ، كما أنها من جانب آخر تحقق مصلحة العامل الذي انتهى عقده بعد فترة وجيزة من الاختبارفي أن يمارس حياته العملية بصورة طبيعية غير مكبل بأي قيد .

المطلب الثالث
مدى الالتزام بالإخطار السابق على الإنهاء

٦٨ – تمهيد:

إذا كانت القاعدة في القانون المصري والفرنسي الإماراتي هي حرية انهاء عقد العمل شرط الاختبار بدون إخطار سابق . إلا أنه يلاحظ أن عدم الإخطار ليس من جوهر فترة الاختبار . ولذلك فإنه يمكن للطرفين الاتفاق على ضرورة الإخطار السابق . كما أن كثيراً من الاتفاقيات الجماعية للعمل في فرنسا توجب على رب العمل الإخطار السابق على الإنهاء في فترة الاختبار . بل إن هناك إتجاهاً قضائياً في فرنسا يوجب على رب العمل الإخطار إذا زادت مدة الاختبار عن ستة أشهر ، ولقد لقي هذا الاتجاه القضائي تأييداً من بعض الفقهاء . وذلك على التفصيل الأتي :

٦٩ – عدم وجوب مهلة الإخطار في مصر والإمارات :

نص قانون العمل الإماراتي صراحة في المادة ٣٧ على أنه " . . . . ولصاحب

العمل الاستغناء عن خدمات العامل خلال فترة الاختبار دون إنذار ودون مكافأة نهاية الخدمة " .

أما في مصر فلقد كان المشرع ينص في ظل قانون العمل الملغي وهو القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ علي أنه " لا يجوز لصاحب العمل فسخ العقد دون سبق إعلان العامل ودون مكافأة أو تعويض إلا في الحالات الآتية . . . . ٢ - إذا كان العامل معيناً تحت الاختبار " (م ٧٦/ ٢) .

أما في قانون العمل الحالي وهو القانون رقم ٣٧ لنسة ١٩٨١ فقد سكت عن حكم هذه المسألة ، حيث اقتصر على النص على أنه " تنقضي علاقة العمل لأحد الأسباب الآتية . . . ثبوت عدم الصلاحية خلال فترة الاختبار " [(١)]

فهل يعني ذلك أن المشرع المصري قد عدل عن الحكم الوارد في القانون القديم ، والذي كان يعفي رب العمل صراحة من سبق إعلان العامل ؟

أجاب الفقه المصري عن ذلك صراحة بأن السكوت في القانون الحالي عن النص على إعفاء رب العمل من مهلة الإخطار ، ليس معناه التزام رب العمل بالإخطار السابق على الإنهاء . وإنما من المستقر عليه أن الإنهاء في فترة الاختبار

---

(١) المادة ٧١/ ٥ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ .

لايشترط أن يكون مسبوقاً بمهلة للاخطار [1] . وذلك لأن اشتمال عقد العمل على فترة إختيار معناه أن العامل يتوقع في أي وقت إنهاء العقد خلال هذه الفترة، مما يغني عن مهلة الإخطار لانتفاء عنصر المفاجأة [2].

ومن البديهي أنه يجوز الاتفاق بين العامل ورب العمل على ضرورة الإخطار السابق، وذلك لأن عدم الإخطار ليس من جوهر الإنهاء في فترة الاختبار [3].

٧٠ – الأساس القانوني للإعفاء من الإخطار في القانون المصري :

إذا كان الفقه المصري متفقاً على إعفاء رب العمل من الإخطار السابق على الإنهاء في فترة الاختبار، إلا أنه قد اختلف في الأساس القانوني لعدم الإخطار .

فذهب البعض [4] إلى أن السكوت عن مسألة الإخطار في القانون الحالي يستوجب بحث هذه المسألة في ضوء المباديء العامة لقانون العمل والمتمثلة هنا فيما جرى عليه العمل في ظل القانون القديم والقانون المقارن. ومن المستقر عليه في ظل هذه المباديء العامة أن الإنهاء خلال فترة الاختبار لا يجب أن يكون مسبوقاً بإخطار .

---

(١) لبيب شنب. رقم ٩٢ ، جمال زكي ص ٦٨٤ ، حسام الأهواني. رقم ٣٥٥، فتحي عبدالرحيم ص ١٧٨ ، محمد علي عمران ص ١١٣ ، أحمد البرعي ص ٤٨٤ ، همام محمود ص ١٨٥ ، فتحي عبد الصبور. رقم ٢٧٦ .

(٢) أستاذنا الدكتور حسام الأهواني. رقم ٣٥٥ .

(٣) بولان . ص ٤٧١ .

(٤) حسام الأهواني . الموضع السابق الإشارة إليه .

ويذهب البعض الآخر [1] إلى أنه عند سكوت قانون العمل عن مسألة الإخطار فانه يتعين حلها بالرجوع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة فيما لا نص عليه . وإذا رجعنا إلى قواعد القانون المدني رأينا عدم وجود نص يحكم المسألة، مما يعني الرجوع إلى العرف طبقاً للمادة الأولى من القانون المدني التي تحيل إلى العرف عند عدم وجود النص . ولما كان العرف في مصر قد جرى على إعفاء رب العمل من لزوم الإخطار السابق . فإننا نستخلص عدم وجوب الإخطار السابق على الإنهاء في فترة الاختبار، وذلك استناداً إلى العرف وليس إلى المبادىء العامة للقانون [2] .

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الرأي الثاني لأنه مما لاشك فيه أن القانون المدني هو القانون صاحب الولاية العامة فيما لا نص فيه، وأنه عند عدم وجود نص لا في قانون العمل ولا في القانون المدني فإنه يتعين الرجوع إلى العرف المهني أو العرف المحلي الذي قد يحكم المسألة محل النزاع . فإذا لم يوجد عرف فإنه يمكن الرجوع أخيراً إلى المبادىء العامة للقانون .

٧١ – اختلاف الفقه والقضاء في فرنسا في مدى وجوب الإخطار :

إذا كان الاجماع منعقداً في مصر والإمارات على إعفاء رب العمل من الإخطار السابق عندما يمارس حقه في انهاء العقد أثناء الاختبار . فإن الخلاف قد وقع في فرنسا

(١) همام محمود . ص ١٨٥ .

(٢) ويلاحظ أن المادة ٦٩٥ مدني وإن كانت أوجبت الإخطار السابق إلا أنها كانت تتكلم عن عقد العمل غير المحدد المدة . حيث قد نصت على أنه " فإذا لم تعين مدة العقد . . . . " .

في الفقه والقضاء، حيث يرى البعض الإعفاء من الإخطار بينما يرى البعض الآخر وجوبه :

فالرأي الغالب في الفقه الفرنسي (١) وكذلك في القضاء (٢) يذهب إلى أن انهاء عقد العمل بشرط الاختبار لا يخضع لوجوب الإخطار السابق، وإنما يمكن إنهاؤه في أي وقت بدون حاجة إلى إخطار العامل قبل الإنهاء . وذلك على أساس أن قانون ١٣ يوليو ١٩٧٣ قد نص على عدم تطبيق القواعد المتعلقة بالفصل licenciement على الإنهاء في فترة الاختبار .

ومع ذلك فإن احترام رب العمل طواعية للاخطار السابق على الإنهاء لا يغير من طبيعة العقد الذي يظل عقد عمل بشرط الاختبار (٣)

في حين يذهب بعض الفقه (٤) والقضاء الفرنسي (٥) إلى وجوب الإخطار السابق على الإنهاء في فترة الاختبار . وذلك إذا كانت فترة الاختبار قد امتدت لأكثر من ستة شهور، وأنه لا يجوز للاتفاقيات الجماعية أو الأعراف المهنية أو المحلية أن تتضمن

(١) Camerlynck. encycl. D . No 141; Alian Caille.No 287;Lyon Caen, pélissier et supiot. No 209; Auvergnon. p.797.

(٢) Soc . 9 Mai 1979.Bull.V.286.

(٣) Soc 14 fév. 1980.Bull. civ. v. 107.

(٤) Guy Poulain.P.471; A.Pautet. L'engajement a L;essai et ses consequences. Quest. prud,h. 1972.p.414.
P.gonidec.L'engagement a L;essai dans la metropole et dans les territoires d,outre mer. Dalloz. 1958. chr. p. 35 et s.

(٥) Soc. 29 oct 1973. Bull. civ. No 525.p.481.

حلولاً تسوىء من مركز العامل بما يزيد عن هذا الحد [1].

واستند أصحاب هذا الرأي إلى القانون الصادر في ٩ فبراير سنة ١٩٥٨ الذي أوجب مدة اخطار (شهر) للعمال الذين يكون لهم أقدمية في المشروع لأكثر من ستة شهور على الأقل، وذلك بصفة مطلقة بدون تمييز بين ما إذا كان العامل معينا تحت الاختبار أو بعقد عمل عادي، حيث إنه من المتفق عليه أن فترة الاختبار تحسب ضمن مدة أقدمية العامل، وبالتالي فإنه لا يجوز الإنهاء في فترة الاختبار إلا بمراعاة الأخطار إذا استمر العامل لمدة ستة أشهر في العمل حتى لو كان عقده بشرط الاختبار .

فالإخطار السابق ليس نظاماً يتناقض مع الإنهاء في فترة الاختبار. ولذلك فلا يكفي الاتفاق على الاختبار للقول بحرية الطرفين في الإنهاء بدون اخطار. ذلك لأن هذه الحرية يجب تقييدها أمام اعتبارات النظام العام المنصوص عليها في قانون ١٩ فبراير سنة ١٩٥٨ الذي فرض الإخطار لانهاء عقد أي عامل تكون له أقدمية في المشروع لأكثر من ستة شهور.

ونحن من جانبنا نؤيد أصحاب هذا الرأي الثاني لما فيه من تحقيق مصلحة العامل المعين بشرط الاختبار، يضاف إلى ذلك أنه لا يمكن تجاهل القانون المشار إليه الذي

---

(١) حيث كانت الاتفاقية الجماعية التي تحكم الواقعة محل النزاع تجعل مدة الاخطار خمسة عشر يوماً. في حين أن قانون ١٩ فبراير ١٩٥٨ يجعل مدة الاخطار شهراً كاملاً. فاستبعدت المحكمة نصوص الاتفاقية وطبقت هذا القانون المشار إليه لتعلقه بالنظام العام.

المناقشة والترجيح :

يظهر أن منشأ الخلاف بين الحنفية و المالكية من جهة، و الشافعية و الحنابلة من جهة أخرى، هو لفظ ﴿أموالكم﴾، هل هو من قبيل المجمل أم من قبيل المطلق، فإن كان من قبيل الأول، فلابد لامتثاله من البيان، و حيث لم يثبت شئ مستقل يمكن التعويل عليه رجعوا إلى ما له خطر في الشرع، وهو ما تقطع به اليد في حد السرقة.

و إن كان من قبيل المطلق فيمكن امتثاله من خلال أي فرد يصح إطلاق المال عليه.

و لعلي أختار مذهب الشافعية والحنابلة؛ لأن قوله عليه الصلاة والسلام ((أنظر ولو خاتماً من حديد)) يؤيد الإطلاق من جهة كون الخاتم مما يندرج تحت أقل متمول وكذلك حديث الترمذي المار «أن إمرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين ...الخ» ينسجم مع هذا الرأي، هذا بخصوص اقل المهر، أما أكثره فنقول :

لا خلاف بين العلماء في أن أكثره لا حد له، قال ابن قدامة رحمه الله : وأما أكثر الصّداق فلا توقيت فيه، بإجماع أهل العلم قاله ابن عبد البر[1].

ونتساءل هل يجوز تحديد المهور من باب السياسة الشرعية؟ بحيث يصبح الالتزام به واجباً ديانةً، قال فقيه الحنفية ابن عابدين رحمه الله : إذا أمر الإمام بالصيام في غير الأيام المنهية وجب؛ لما قدمناه في باب العيد أن طاعة الإمام فيما ليس

(١) انظر المغني ٧/ ١٦١.

وقد تعضد هذا الاستدلال بما روى الدار قطني و البيهقي عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء، لا يزوجهن إلا الأولياء و لا مهر دون عشرة دراهم» قال الزيلعي و هو حديث ضعيف[1] .

المالكية: أستدلالهم قريب من هذا الذي قرره الحنفية ، ألا أن نصاب السرقة عندهم، ثلاثة دراهم أو ربع دينار ، فقدروه به[2] .

الشافعية و الحنابلة:

أستدلوا بجملة أدلة:

١- قوله تعالى ﴿ و أحلّ لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم . . .الآية[3]﴾ ووجه الاستدلال إطلاق الأموال و عدم تقييدها[4] .

٢- قوله ﷺ من حديث طويل رواه البخاري و مسلم عن سهل بن سعد الساعدي « . . أنظر و لو خاتماً من حديد[5]» .

---

(١) نصب الراية ٣/ ١٩٦-١٩٩.

(٢) انظر: شرح الزرقاني: ٤/ ١١.

(٣) النساء.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٢/ ٢٢٠.

(٥) نصب الراية ٣/ ١٩٩، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٠.

المطلب السادس
في تحديد المهور

اختلف الفقهاء في أقل ما يكون مهراً، فقدره الحنفية بعشرة دراهم[1]، وعند المالكية أقله ربع دينار ذهباً، أو ثلاثة دراهم[2]، وعند الشافعية والحنابلة هو غير مقدر[3]، و سنعرض أدلة كل فريق ثم نختار ما نراه راجحاً:

الحنفية: أستدلوا بما حاصله أن المهر حق[4] الله، بدليل أن الزوجين لو توافقا على نفيه لاينتفي، فلما لم يقبل الأسقاط، دلّ على أنه حق الله، و إذا كان كذلك، وجب أن يكون مقدّراً، حتى يمكن أمتثاله، كسائر حقوقه تعالى، مثل الصوم و الزكاة و الحدود.

و الأصل في جنس هذه الحقوق أن يرد عن صاحب الشرع تقديره، إلا أنه لما لم يثبت ههنا شيء يمكن التعويل عليه، رجعنا الى ما له خطر في الشرع و هو عشرة دراهم، لاستباحة العضو بها في حد السرقة[5].

---

(١) الهداية: ١/ ٢٠٤.

(٢) انظر شرح الزرقاني : ٤/ ١١.

(٣) انظر روضة الطالبين ٧/ ٢٤٩، انظر المغني: ٧/ ١٦١.

(٤) وهذا لاينفي أن يكون للمرأة حق فيه أيضاً، فهو مما اجتمع فيه الحقان، حق الله وحق العبد.

(٥) انظر اللباب في الجمع بين السنة والكتاب- المنبجي ٦٨٠-٢/ ٦٨١.

المشروط عرفاً، حتى لو أراد الزوج أن لا يدفع ذلك، يشترط نفيه وقت العقد، أو يسمى في مقابله دراهم معلومة، يضمها إلى المهر المسمى في العقد[1].

وهذا أصل يُبنى عليه كثير من المسائل، التي تعورف إلحاقها بالمهر، كأجرة تزيين العروس ليلة الزفاف، والثوب الخاص بالزفاف، فإن نحو هذه الأمور، تلزم الزوج نظراً للعرف، إلا إن نفاها صراحة وقت العقد.

أما متاع البيت وبالذات المكان المعد للمبيت " غرفة النوم " ، فإن غطيت تكاليفها من المهر، سواء أكان من قبل الزوجة مباشرة، بأن قبضت المهر وجهزت المتاع بنفسها، أو فوضت هذا الأمر للزوج، أو لأجنبي، فهو عائد للمرأة قطعاً؛ لأنه يمثل المهر، أو جزءاً منه، والمهر ملك لها كما قررنا هذا، والحكم مرتبط بما تعارف عليه الناس، فقد تعارف بعضهم أن يذكر في العقد: المهر مقبوض، أو غير مقبوض، أو يشترى به أشياء جهازية، وفي هذه الحالة فالجهاز المشترى بالمهر كله للزوجة. أما إن كانت تكاليف المتاع خارجة عن المهر بأن تحملها الزوج خاصة، فلا يصح إلحاقها بالمهر دون تسمية.

على أن عدم إلحاقها بالمهر، لا يستلزم أن لا يثبت للمرأة حق على وجه الملكية في قسم من متاع البيت، بل يثبت لها حق في بعض المتاع، ولكن من جهة النفقة، لا من جهة المهر، وهذا ما سنتعرض له ضمن المبحث الثاني.

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣/ ١٣٠.

بمهرها، أو شيء منه، وهذا هو الذي نختاره، لما قدمنا أن المهر وجب إظهاراً لشرف المحل لا لشيء آخر، وأنه حقها الخالص، حتى جاز لها أن تحبس نفسها لحين استيفاء المعجل منه[1]، فإلزامها بالتجهيز، يتنافى مع حق تصرفها بما تملكه، قال تعالى: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾[2]، فالله عز وجل افترض على الرجال أن يعطوا النساء صدقاتهن نحلة، ولم يبح للرجال منه شيئاً، إلا بطيب أنفس النساء[3].

المطلب الخامس
فيما يلحق بالمهر عرفاً

ذكر فقهاء الحنفية أن ثمة أموراً تعارف الناس إلحاقها بالمهر، وإن لم ينص عليها في التسمية، قال ابن عابدين رحمه الله: " ونظير ما في الخانية ما هو معروف بين الناس في زماننا: من أن البكر لها أشياء زائدة على المهر، منها ما يدفع قبل الدخول، كدراهم للنقش، والحمام، وثوب يسمى لفافة الكتاب، وأثواب أخر، يرسلها الزوج ليدفعها أهل الزوجة إلى القابلة، وبلانة الحمام وغيرها، ومنها ما يدفع بعد الدخول، كالإزار، والخف، والمكعب، وأثواب الحمام، وهذه مألوفة معروفة بمنزلة

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٣/ ١٤٣، المغني ٧/ ٢٠٠.

(٢) النساء: ٤.

(٣) انظر: المحلى ٩/ ٥٠٧.

الشافعية: المستفاد من نصوص الشافعية أن المرأة لا تلزم بالجهاز، ونقل الشيخ سليمان الجمل، أن ابن حداد، سأل القاضي أبا عبيد بن حربويه: أعلى غير المحجور عليها أن تتجهز؟ قال: لا، فقال: المحجور عليها أولى. ثم نقل عن الزركشي قوله: فهذا ابن الحداد وابن حربويه منعا ذلك، وهو ظاهر[1].

الحنابلة: المستفاد من نصوص الحنابلة أن المرأة لا تجبر هي ولا غيرها على التجهيز. قال في منتهى الإرادات: (وتملك زوجة بعقد جميع المسمى ولها نماء معين، كدار، والتصرف فيه)[2]. قال ابن قدامة: وحكم الصّداق حكم البيع، في أن ما كان مكيلاً أو موزوناً، لا يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه، وما عداه لا يحتاج إلى قبض، ولها التصرف فيه قبل قبضه[3].

الظاهرية: قال ابن حزم: ولا يجوز أن تجبر المرأة على أن تتجهز إليه بشيء أصلاً، لا من صداقها الذي أصدقها، ولا من غيره من سائر مالها، والصّداق كله لها، تفعل فيه كله ما شاءت، لا إذن للزوج في ذلك ولا اعتراض، وهو قول أبي حنيفة والشافعي وأبي سليمان وغيرهم[4].

ومن خلال هذه النصوص، يتبين أن جل الفقهاء، لا يلزمون المرأة بأن تتجهز

---

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج: ٤/ ٢٦٤، انظر: الموسوعة الفقهية ١٠/ ١٧١.

(٢) منتهى الإرادات: ٢/ ٢٠٧.

(٣) انظر: المغني ٧/ ١٧٧.

(٤) انظر: المحلى ٩/ ٥٠٧.

المطلب الرابع
في جهاز الزوجة

أثبتنا في المطلب الثالث أن المهر واجب شرعاً، وإذا وجب للمرأة فلا خلاف بين الفقهاء في أنها تملكه، سواء استقرت الملكية بمجرد العقد كما يقول الجمهور، أم لا بد من الدخول كما يقول المالكية[1]. بقي أن نقول هل يجب على الزوجة أن تتجهز[2] بمهرها، أو بشيء منه؟ سنحاول من خلال استعراض أقوال الفقهاء، أن نرسم صورة واضحة لهذه المسألة:

الحنفية: الراجح عندهم أنه لا يجب على المرأة أن تجهز نفسها بمهرها، وعللوا ذلك بقولهم إن المهر مقابل نفس المرأة، حتى ملكت حبس نفسها لاستيفائه، فكيف يملك الزوج طلب الجهاز؟ والشيء لا يقابله عوضان[3].

المالكية: قال الزرقاني: (ولزمهما التجهيز على عادة) في جهاز مثلها إلى مثله، (بما قبضته إن سبق) القبض (البناء)، كان حالاً أو مؤجلاً وحلّ، فإن تأخر القبض على البناء، لم يلزمها التجهيز به سواء كان حالاً أو حلّ؛ لأنه رضي بعدم التجهيز بسبب دخوله قبله إلا لشرط أو عرف[4].

---

(١) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة: ٢٢١، بدائع الصنائع ٢/ ٢٨٧، المغني ٧٧/ ١٧٣.

(٢) الجهاز: اسم لما تزف به المرأة إلى زوجها من متاع- انظر الموسوعة الفقهية ١٦/ ١٦٥.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: / ١٥٨.

(٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل ٤/ ٣٣، انظر: جواهر الاكليل١/ ٣١٨.

منافع المرأة عند التحقيق[1] .

٢- قوله تعالى : ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين﴾[2] . ووجه الاستدلال بالآية قوله تعالى : ﴿أن تبتغوا﴾ ، فإنه يجوز أن يكون بدل اشتمال من " ما " ، باعتبار كون الموصول مفعولاً لـ (أحل) ، والتقدير أن تبتغوهن بأموالكم ، فإن النساء المباحات لا تحل إلا بعد العقد وإعطاء المهور ، ويجوز أن يجعل (أن تبتغوا) معمولاً للام التعليل محذوفة ، أي أحلهن لتبتغوهن بأموالكم ، والمقصود هو عين ما قرر في الوجه الأول[3] .

٣- ما رواه أحمد ، وابن ماجه ، والترمذي وصححه عن عامر بن ربيعة ، أن امرأة من بني فزارة ، تزوجت على نعلين ، فقال رسول الله ﷺ : " أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ قالت نعم فأجازه "[4] .

---

(١) النساء : ٤ .

(٢) انظر : تفسير التحرير والتنوير : ٤/ ٢٣٠ .

(٣) انظر : التحرير والتنوير : ٥/٨، روح المعاني : ٥/ ٤ .

(٤) نيل الأوطار : ٦/١٦٦ .

يسم فيه المهر[1]، قال تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة﴾[2]، فإن رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله[3].

المطلب الثالث
في حكم المهر

لا خلاف بين الفقهاء من حيث الجملة في وجوب المهر على الزوج[4]، والأدلة على ذلك متظافرة في الكتاب والسنة منها:

١ - قوله تعالى ﴿وآتوا النساء صدقاتهم نحلة﴾[5]، والصَّداق: المهر كما مر في المطلب الأول، والصَدُقة مشتقة من الصدق؛ لأنها عطية يسبقها الوعد به، فيصدقه المعطي، والنحلة: العطية بلا قصد عوض، وسميت الصدقات نحلة، إبعاداً للصدقات عن أنواع الأعواض، وتقريباً بها إلى الهدية، إذ ليس االصَّداق عوضاً عن

(١) انظر: فتح القدير: ٣/ ٣١٦-٣١٧.

(٢) النساء: ٢٣٦.

(٣) فتح القدير: ٣/ ٣١٦.

(٤) انظر: بداية المجتهد: ٢/ ١٤.

(٥) النساء: ٤.

وإن اعتبرت موصولة فدخول الفاء في خبرها، لتضمن الموصول معنى الشرط، ويكون المعنى على التقديرين (فأي فرد أو فالفرد الذي تمتعتم به حال كونه من جنس النساء، أو بعضهن فأعطوهن أجورهن)[1]. فالمعنى الذي تفيده الآية هو إيجاب المهر عند الاستمتاع، نعم لو ورد النص الكريم بالباء فبما استمتعتم.. الآية، لدل على سببية الاستمتاع لإيجاب المهور، كقوله تعالى ﴿فبما نقضهم ميثاقهم وكفرهم بآيات الله..﴾الآية[2].

والذي دعانا لترجيح هذا الاتجاه جملة أسباب:

١- إن منافع البضع مشتركة بين الطرفين، فلو وجب المهر على الزوج بسبب الاستمتاع، لوجب على المرأة أيضاً، إلا أنه لا يجب عليها إجماعاً.

٢- لو وجب عوضاً عن الاستمتاع، لسقط بالطلاق قبل الدخول ولم يجب شيء، إلا أن الشارع أوجب نصفه، قال تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾[3].

٣- أنه لو وجب عوضاً، لوجب تقديم تسميته في العقد، كسائر عقود المعاوضات من بيع وإجارة وجعالة، مع أنه يصح العقد بالإجماع وإن لم

---

(١) تفسير الألوسي: ٥/٥.

(٢) النساء: ١٥٥.

(٣) البقرة: ٢٣٧.

يتم هذا العقد مجاناً؛ خشية التساهل في أعبائه، فيكون هذا أدعى للاهتمام بالنكاح[1]، وتحمل مسؤولياته، ويدل على هذا المعنى قوله تعالى: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة[2]﴾، وقوله عزوجل: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين﴾[3]. فالنكاح عقد بين الرجل والمرأة، قصد منه المعاشرة، وإيجاد آصرة عظيمة، وتبادل حقوق بين الزوجين، وتلك أغلى من أن يكون لها عوض مالي[4].

فإن قيل إن آخر هذه الآية، يدل على أن المهر إنما يكون في مقابلة الاستمتاع، وهذا ما فهمه البيضاوي رحمه الله؛ حيث قال عقب قوله تعالى ﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن﴾: "مهورهن، فإن المهر في مقابلة الاستمتاع[5]". والذي يظهر أن هذا الاستدلال غير تام؛ لأن "ما" إما أن تكون موصولة أو شرطية، وعلى كلا التقديرين فهي مبتدأ، فإن اعتبرت شرطية فدخول الفاء في جوابها على الأصل[6].

(١) انظر فتح القدير: ٣/ ٣١٧.

(٢) النساء: ٢٤.

(٣) انظر: تفسير التحرير والتنوير: ٤-٢٣٠-٢٣١.

(٤) أنوار التنزيل وأسرار التأويل (تفسير البضاوي) ١/ ٢٠٩.

(٥) الأصل أنه جواب الشرط إذا لم يصلح لمباشرة الأداة وجب اقترانه بالفاء. وهذا ما عبر عنه ابن مالك بقوله: واقرن بفا حتماً جواباً لو جعل شرطاً لأن أو غيرها لم ينجعل

انظر: شرح ابن عقيل ٢/ ٣٧٥، شذور الذهب: ٣٤١.

(٦) تفسير الألوسي: ٥/ ٥.

والتعريف الذي لا يرد عليه شيء مما ذكر هو : أن المهر اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح، أو الوطء[1] .

المطلب الثاني
في حكمة شرعية المهر

المهر أثر من آثار عقد النكاح يترتب عليه ويستعقبه[2] ، كترتب كل من استحقاق الثمن، وثبوت الشفعة على عقد البيع، وقد صرح بعض الفقهاء بأن المهر إنما هو في مقابلة منافع بضع المرأة[3]، بينما صرح آخرون بأن المهر وجب إبانة لشرف عقد النكاح[4] .

وهذا يعني أن الفريق الأول اعتبره عوضاً، كالثمن في البيع، والأجرة في الإجارة، فالرجل يبذل المهر في مقابلة منفعة البضع، وهذا النظر من حيث الظاهر صحيح، إلا أن التحقيق خلافه، وهو أن شرعية المهر ليست من قبيل المعاوضة، وإنما شرع إبانة لشرف المحل، كما عبر بذلك الفريق الثاني من الفقهاء، ومعنى كلامهم هذا أن الشارع الحكيم، جعل لهذا العقد أهمية بالغة، وعناية خاصة، فلم يرض أن

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: ٣/ ١٠١، روضة الطالبين ٧/ ٢٤٩.

(٢) فتح القدير: ٣/ ٣١٦.

(٣) العناية بهامش فتح القدير: ٣/ ٣١٦، روضة الطالبين ٧/ ٢٥٧.

(٤) انظر: فتح القدير: ٣/ ٣١٦، البحر الرائق: ٣/ ١٥٢.

المبحث الأول

المهر

المطلب الأول

في تعريفه

المهر لغةً: الصَّداق، وأمهرها: زوجَّها من غيره على مهر[1].

والمهرُ شرعاً: عرفه بعض العلماء بأنه: المال يجب في عقد النكاح على الزوج، في مقابل منافع البضع، إما بالتسمية أو بالعقد[2].

وفي هذا التعريف نظرٌ من عدة وجوه:

الأول: أن التعريف غير جامع؛ لعدم شموله للمهر الواجب بوطء الشبهة.

الثاني: قوله المال.. الخ، خاص بمذهب الحنفية، الذين لا يجيزون كون المهر منفعة[3].

الثالث: أنه جعل المهر في مقابلة التمتع، والراجح أنه وجب إبانة لشرف المحل كما سنبينه.

---

(١) ترتيب القاموس: ٤/ ٢٩٠، الصحاح: ٢/ ٨٢١.

(٢) العناية بهامش فتح القدير: ٣/ ٣١٦.

(٣) انظر: الهداية ١/ ٢٠٧، بدائع الصنائع ٢/ ٢٧٧.

المرأة المالية فحسب، وهي منحصرة في المهر والنفقة كما سيأتي.

ويهدف هذا البحث إلى إبراز هذه الحقوق ضمن إطارها الشرعي، لا سيما وقد تكونت بسبب تراكم العادات والتقاليد قناعات تتقاطع أحياناً مع مبادئ العدل، وتنحاز لأحد الجانبين - الرجل أو المرأة - حتى غدت هذه العادات أصلاً يرجع إليه، ويتقاضى على أساسه في بعض الأحيان، مما قد يفضي إلى إثبات ما ليس بثابت، أو إلغاء ما هو ثابت ومقرر شرعاً. فأردت بعد الاتكال على الله أن أبحث هذه المسألة من زاويتها الشرعية، متجولاً بين اجتهادات فقهاء الأمة، واختيار ما ينسجم مع مقاصد الشريعة، وقواعدها العامة، فإن أصبت فمن الله والحمد لله، وإن كانت الأخرى فمن نفسي وأستغفر الله.

وتناولت الموضوع من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: المهر.

المبحث الثاني: النفقة.

المبحث الثالث: التنازع على ملكية المتاع.

مقدمة البحث:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد..

فإن لكل عقد من العقود الشرعية أثاراً تترتب عليه وتستعقبه، فالآثار المترتبة على عقد البيع هي: استحقاق الثمن للبائع، ووجوب تسليمه المبيع، وآثار العارية إباحة الانتفاع مع المحافظة على العين، وفي القرض إباحة الانتفاع باستهلاك العين وردّ مثلها وهكذا..

والنكاح ليس بدعاً من هذه العقود، لذا فإن له آثاراً وحقوقاً تترتب عليه. ولما كان الرجل والمرأة طرفي هذا العقد، لذا كان لكل منهما حقوق على الآخر. فحقوق الزوج كثيرة، منها: وجوب طاعة الزوجة، والتمكين، وأن لا تُدْخِلْ بيته أحداً يكرهه.

أما حقوق المرأة فهي قسمان:

الأول: حقوق مالية.

الثاني: حقوق معنوية (غير مالية).

ومن أمثلة القسم الثاني: حُسْنُ المعاشرة، والاستمتاع، وثبوت نَسَبُ الولد لصاحب الفراش، والعدل بين الزوجات. والذي سنتناوله في هذا البحث هو حقوق

ملخص البحث

البحث عبارة عن مقدمة تناولنا فيها حقوق كل من الزوجين، ثم ركزنا على حقوق الزوجة المالية من خلال ثلاثة مباحث، خصصنا الأول للحديث عن المهر، والثاني للنفقة، أما المبحث الثالث فقد جعلناه للحديث عن ملكية المتاع والتنازع عليه.



حقوق المرأة المالية المترتبة على عقد النكاح في الشريعة الإسلامية

إعداد

ريان توفيق خليل *

* عضو الهيئة الإدارية لرابطة علماء الموصل - العراق.

الخاتمة:

الحمد لله رب العالمين الذي مكننا من القيام بكتابة هذا البحث بالرغم من الظروف الصعبة في الحصول على المصادر، وعدم استقرارنا وتنقلنا في عدة أماكن لما نعانيه من فعل الحصار على بلدنا وإثارة على إبداعنا وتجديدنا في البحث. ولكن والحمد لله تعالى قد أنجزنا خطوة في مجال البحث العلمي لنضيف ما كتبناه إلى دائرة البحوث الإسلامية العربية، وهو جهد بسيط ومتواضع، ونأمل الاستمرار في الكتابة والاجتهاد قدر المستطاع مستقبلاً بإذنه تعالى.

لقد اشتمل البحث على مقدمة تناولنا فيها تعريف لعموم القضاء وركزنا فيها على تحديد لمفهوم القضاء الإداري الإسلامي (قضاء المظالم) باعتباره قضاء يرتكز على شواهد وأقضية عرفها التاريخ الإسلامي، يحمل مفهوم قائم بذاته، ويستند على مبادئ وقواعد تفتقر إليها الكثير من الأنظمة القضائية المعاصرة. فكان ذلك رداً على بعض القائلين بأن مفهوم القضاء الإداري الإسلامي غير واضح وغير مؤكد عبر العصور السابقة، بل العكس فقد أخذت الدولة الإسلامية بمفهوم القضاء الإداري الإسلامي، وعمل به من بداية الرسالة الإسلامية، ونهج عليه الخلفاء، وسار في تطبيقه بعض الدول الإسلامية، وتأكد لنا بأن القضاء الإداري الإسلامي (قضاء المظالم) له خصوصيته واستقلاليته عن القضاء العادي في الإسلام، وأنه قضاء قائم بذاته، وقد أثبت عدالته ونجاحه، وليس له تبعية كما يتصور البعض، بل إنه قضاء متخصص ينسجم ومتطلبات وحاجات الإدارة المتطورة.

التجربة في مجال القضاء الإداري الإسلامي ؟ بحيث تكون الجهود متجهة نحو بناء قضاء إداري إسلامي ملائم ومناسب للتطور الحاصل في الحياة الإدارية. فإذا كانت الحقوق الخاصة في الشريعة الإسلامية قد احترمت، وتم تثبيتها والأخذ بها من قبل المحاكم النظامية والشرعية، فلماذا لا تقوم المحاكم الإدارية الإسلامية بالمحافظة على الحقوق العامة من جهة، وتعمل على منع تجاوزات واعتداءات رجال الإدارة على حقوق وحريات الأفراد من جهة أخرى ؟ فإذا كانت البيئة الإجتماعية بما تتضمنه من عادات وتقاليد إسلامية لدى أفراد المجتمع، قد فرضت إحترامها، وثبتت القضاء الشرعي والعمل به، وامتثل هذا القضاء لمصادر الشرعية الإسلامية فاصدر احكامه وقراراته ضمن أحكام الشرع ؟ فما المانع من تبني ذات السلوك في مجال المنازعات الإدارية والحقوق العامة ؟ علماً بأن البيئة الإدارية وما تعانيه من مشاكل وترهل إداري تستدعي إعادة بناء القضاء الإداري الإسلامي بما يلائم التطور الإداري ومتطلباته الحديثة. وإن هذه البيئة بحاجة ماسة لمثل هذا السلوك الذي أثبت نجاحه إلى حد كبير في الحقوق الخاصة، بل إن البيئة الإدارية باتت في أشد الحاجة في تبني أحكام وقواعد الشريعة وتطبيقها في مجال الحقوق العامة.

هذه المفاهيم الإجتماعية تستدعي الإهتمام بها عند أصدار التشريعات القانونية والقضائية، ولا بد من تجسيد هذه المفاهيم واحترامها بقواعد قانونية حديثة مناسبة وبيئة المجتمع الإسلامي، وما المانع من القيام بذلك؟ وإنشاء مؤسسات قضائية وقانونية تعكس سلوكية وخصوصية الحياة الاجتماعية لهذا المجتمع ؟ و تعالج الترهل الإداري لهذه البلدان خاصة وأن الوازع الديني والعامل الوجداني للفرد المسلم عامل مساعد ومهم في إبطال التصرف أو العمل المخالف للأحكام الشرعية، وان هذه الميزة النادرة تساهم فيها الإدارة مع القضاة في إنجاح وتطبيق القضاء الإداري الإسلامي.

وبذلك يكون هناك استعداد اجتماعي جاهز لتقبل ودعم أحكام القضاء الإداري الإسلامي، يضاف إلى استعداد ورغبة السلطات العامة في القيام بهذه المهمة. وما المانع من أن تعمل الاثنتين معاً (الحقوق العامة والحقوق الخاصة) وتطبيقهما من كلا الطرفين ؟ فإذا كان التطور التشريعي والقانوني معمولاً به في مجال الحقوق الخاصة وتطبيقات المحاكم النظامية (الشرعية) في بعض الدول الإسلامية العربية، خاصة وإن هذه المحاكم قد عملت بأداء جيد في تطبيق النصوص الشرعية والقانونية، وحافظت على الحقوق الخاصة من خلال احترام مبدأ العدالة وتنفيذ وتطبيق مبدأ الشرعية في أحكامها وقراراتها المطابقة لأحكام الشرع، واعتبرت نموذجاً متميزاً في تطبيق أحكامها وقراراتها، فكان أدائها في تطور مستمر يلائم ويناسب الحياة الإجتماعية، وقد تجسد ذلك في أحكامها القضائية. فما المانع من تطبيق ذات

وضوابط ومفاهيم تميز بين العدل والظلم وتعمل على تحديد الحقوق العامة والحقوق الخاصة وصولاً إلى تثبيت العدالة، وإيجاد نوع من التوازن بين مقتضيات الصالح العام وحقوق وحريات الأفراد ضمن الشريعة الإسلامية.

إن القدرة على تحقيق هذه المهمة تتطلب إرادة في اختيار وإصدار القرار المناسب والمتمثل بإصدار التشريعات اللازمة لتنفيذ الأمر. إن القيام بذلك يحتاج أيضاً إلى قدرة على التنفيذ[1]، فلا يكفي وضع القواعد والمبادئ الشرعية والقانونية ما لم يتبعه تطبيق وتنفيذ جريئ من قبل السلطات العامة وبمساعدة ومساندة رجال الفقه الإسلامي والقانوني وصولاً نحو ما هو أفضل للإدارة وللأفراد وبالتالي لكل المجتمع الإسلامي.

فهناك إعتبارات إجتماعية تستدعي الإهتمام والدراسة ولا بد من أخذها بنظر الإعتبار في النظام القانوني والقضائي المراد الأخذ به في دولة ما. فالبلدان العربية الإسلامية أولى بذلك، حيث يلاحظ أن الحياة الاجتماعية في هذه البلدان لها أعراف سائدة وعادات وتقاليد جارية جميعها إسلامية غرست في أطباع الأفراد، واستقرت في نفوسهم، وتهدف جميعها إلى العدالة والخير والنفور من الظلم والانتصار للمظلوم، ومقاومة الاعتداء المتسلط والظلم والشر.

(١) د. عبدالعزيز كامل، الإسلام والتعدد الحضاري المعاصر مقال في مجلة العربي العدد ٣٢٦ كانون الثاني ١٩٨٦.

المتطورة من جانب وبين حقوق الأفراد وحرياتهم وأموالهم من جانب آخر .

وتظهر أخيراً خصوصية القضاء الإداري الإسلامي في كونه قضاء يتماشى وطبيعة البيئة الإدارية والإجتماعية للبلدان العربية الإسلامية . و تتجلى هذه الخصوصية في كونه يحمل في طياته واهدافه أساليب متعددة لمعالجة الترهل والفساد الإداري من جهة ، وفي اقامة العدل والمحافظة على الحقوق العامة والخاصة معاً من جهة أخرى .

لقد طرح فقهاء الإدارة[1] عدة حلول فنية وإدارية لمعالجة الترهل الإداري ، وهي جهود مشكورة في تشخيص الكثير من المعوقات المؤدية إلى ضعف الإنتاج والأداء الإداري ، ويمكن للقضاء الإداري أن يساهم كثيراً في سد الثغرات الإدارية والحد من التجاوزات والاختراقات الإدارية . إن القيام بهذا العمل يحتاج إلى جهود مترابطة ومتعاونة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني المعاصر ، وذلك بوضع قواعد علمية

(١) روبرت كلتيجارد ١١ السيطرة على الفساد الإداري " ترجمة د. علي حجاج دار البشير ، ١٩٩٤ . كذلك أنظر تانزي فيتو "الفساد الإداري " مجلة التمويل والتنمية (صندوق النقد الدولي) المجلد ٢٣ ، العدد ٤ ، ديسمبر ١٩٩٥ صفحة ٤٢-٧٢ لويس حبقيبه "إمكانية محاربة الفساد الإداري " مجلة الإداري ، لبنان ، المجلد ٢٣ ، العدد ١ ، ١٩٩٧ صفحة ٣٠-٣١ وهناك جملة بحوث : د. ياسين صرايرة "النهج التجريبي لمعالجة الفساد " مجلة الاداري / السنة ٢٠ العدد ٣٧ يونيو ١٩٩٨ ، د. أحمد سالم العامري ، مقاومة الموظفين للتغير " الإدارة العامة المجلد ٧٣ ، العدد الثالث ١٩٩٧ .

الإسلامية . ان وجود هذه الصلة المستمرة بين محاكم القضاء الإداري وبين الإدارة العامة يجعل من هذه الأخيرة اكثر التزاماً واحتراماً لمبدأ الشرعية ، ويعرفها ايضاً بمشكلاتها ومستلزماتها اليومية من خلال العلاقة المتبادلة بين القضاء الإداري الاسلامي وبينها . فضلاً على ذلك أن الادارة غالباً ما تقبل بأحكام القضاء الإداري وتقوم بتنفيذها دون تردد للصلة الوثيقة بينهما ، ولنفوذ هذا القضاء وارتباطه بأعمال السلطة التنفيذية مما يدفع الى تحسين عمل الإدارة وادائها على أحسن وجه .

إن الوصول الى الطريق الصحيح يتم من خلال بناء قضاء إداري سليم وقانون إسلامي يحتوي على قواعد ومبادئ إسلامية تتعلق بالإدارة ومصالحها المتطورة ، وبالمقابل يتطلب من السلطات المسؤولة بذل الجهد الصادق لربط الإثنين معاً قضاء ، وقانون إسلامي بالمفهوم المعاصر والذي لا يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية .

إن وضع القواعد العلمية والضوابط والمفاهيم التي تميز بين العدل والظلم ، وبين الحقوق العامة والحقوق الخاصة ، بموجب المنظور الإداري الحديث والذي لا يخرج عن اطار احكام الشريعة الإسلامية مهمة مقدسة تحتاج الى مشاركة وتعاون بين رجال القانون والشريعة . فما المانع من قضاء إداري ، وتشريع إداري إسلامي ، تتوفر فيه صفات ومتطلبات العصر ؟ يمكن للقاضي أن يجتهد في اطار احكام الشرع وصولاً الى ما يدعم العدالة ويحقق التوازن بين حاجات الإدارة ومقتضياتها المعاصرة

الإسلامي، بينما الثانية تخضع لدائرة القضاء الخاص (العادي). وبهذا فإن مجال النظر في المنازعات العامة هو القضاء الإداري، بينما مجال المنازعات الخاصة هو القضاء العادي. وعليه فالقاضي الخاص غير أهل للنظر في المنازعات المتعلقة بالحقوق العامة، بل هي من اختصاص القاضي الإداري، الذي يجمع بين الثقافة الحقوقية العامة والثقافة الإسلامية، مما يسهل على القاضي الإداري، أن ينظر فيها بكل حرية ودقة وإبداع لكونه قاضي متخصص يمتلك ثقافة حقوقية عامة وثقافة إسلامية متخصصة في مجال أعمال الإدارة وتصرفاتها والتي لا يمتلكها قاضي المنازعات الخاصة. وعليه فإن إلمام القاضي الإداري بالثقافة الإسلامية المتخصصة في مجال الإدارة بالإضافة إلى الثقافة في الحقوق العامة، تعطي لوظيفة هذا القاضي خصوصية منفردة لا يمتلكها قاضي المنازعات الخاصة من جهة، وتمنحه أيضاً قدرة وقابلية لإقامة نوع من التوازن المقبول والصحيح بين الحقوق العامة والحقوق الخاصة عندما ينظر في أي منازعةأو خصومة إدارية من جهة أخرى، فتكون لديه صفات مزدوجة قضائية وقانونية في مجال قواعد القانون العام وكذلك شرعية في مجال الفقه الإسلامي، وهي صفات لا يمتلكها إلا القاضي الإداري الإسلامي.

إن امتلاك هذه الصفات المزدوجة في مجال الحقوق العامة والحقوق الخاصة يفتقر إليها القاضي الخاص (القاضي النظامي) وعليه فإن ما يتمتع به القاضي الإداري الإسلامي من خبرة وممارسة في الحقوق العامة والخاصة معا يجعله على صلة وثيقة ومترابطة مع حاجات الادارة المتطورة وضمن ما تتطلبه الشرعية

أيضاً أعمال وتصرفات المرافق وفيما إذا كانت تصرفاتها مطابقة أو مخالفة للشرعية . ان اختصاص قاضي المظالم في هذا المجال شبيه باختصاص أجهزة الرقابة الحديثة ، فيمكن للقاضي الإداري في الإسلام أن يتصدى للمخالفة الإدارية بغير إدعاء أو دعوى[1] كما هو الحال بالنسبة لحالات تعدي الولاة على الرعية ، ورد الغصوب متى عرف بها ، ومخالفة كتاب الدواوين وغيرها من الانحرافات اليومية لرجال الإدارة وعمالها ، مما بجعل من هذا القضاء صرحاً شامخاً في معالجة الترهل والفساد الإداري ، الذي تعاني منه الأنظمة الإدارية الحديثة ، وذلك من خلال الرقابة على أعمال الإدارة واحترام مبدأ الشرعية الإسلامية .

وعليه فإن الميزة التي يتمتع بها القاضي الإداري في الإسلام من رقابة وتفتيش ، ومن نظر في بعض الأمور التي ينظرها بدون دعوى قائمة أو منازعة قضائية ، تعطي للقضاء الإداري الإسلامي خصوصية منفردة تتجلى في منع الإدارة من التعدي على حقوق الأفراد وحرياتهم من جهة ، وجعل أعمالها تحت المراقبة والمتابعة من جهة أخرى بهدف إقامة العدل وتثبيت قواعد ومبادىء المساواة .

خامساً : من حيث طبيعة الحقوق المتنازع عليها ، فمن المعروف ان هناك حقوقاً " عامة (المصالح العامة) تديرها وتشرف عليها الدولة ، وحقوقاً خاصة (المصالح الخاصة) متعلقة بالأفراد . فالأولى تدخل في اختصاص القاضي الإداري

---

(١) د. ظافر القاسمي ، مصدر سابق ، الفصل الرابع بحقوق العمال وواجباتهم ، ص ٤٩٧ ، ٥٢٣ .

يلتـزم أطراف الخـصـومـة بالحكم وعليـهم واجب تنفـيـذه لكون أن المنازعـة مـوضـوعـيـة، حيث أن مـوضـوع الدعوى ينحصر بوجـود مخالفة لمباديء وقواعد الشريعة الإسلامية كأن تقوم الإدارة أو أحد رجالها بالإعتداء على الشريعة مما يعتبر تَعدٍ وجَورٌ على أحكام الشرع، فإذا ثبت أساس الحق المدَعَى به في المنازعات التزم أطراف الدعوى بتنفيذ الحكم، وذلك بأن تقوم الإدارة بإلغاء قرارها المعيب لأحكام الشرع، وبالمقابل على الأفراد أيضاً الإمتثال لمنطوق الحكم وما جاء به. أما إذا اعتدى مصدر القرار على الفرد وأدى ذلك الى الإضرار به فعليه التعويض العادل مقابل الضرر الذي تولد نتيجة تصرف الإدارة، لأننا نكون إزاء حق شخصي تنتمي المنازعات فيه الى دائرة القضاء الشخصي.

رابعًا : يتمتع قاضي المظالم أيضاً باختصاصات تأديبية وتفتيشية يمارسها كحق إيقاع العقوبات التأديبية على الموظفين وعمال الدولة، الذين ظهر ظلمهم وحيدتهم عن الحق وارتكابهم المخالفات التأديبية. وبذلك فإن اختصاصات قاضي المظالم تطال جميع الفئات من العاملين والموظفين بما فيهم العسكريين، وينظر أيضاً في تظلمات الموظفين ضد إداراتهم[1] وقرارات عزلهم عن الوظيفة وما يتعلق بالجزاءات والعقوبات الواقعة على العمال الموظفين المخالفين. كذلك يمارس قاضي المظالم نوع من الرقابة والتفتيش لمختلف مرافق الدولة وعمالها وموظفيها وجُباتها[2] ويراقب

(١) أبي الحسن الصابي، الوزراء أو تحفة الأمراء في تاريخ الوزراء، الحلبي، ١٩٥٨ ص ١٢٢.

(٢) البيهقي، المحاسن والمساوئ، مصدر سابق صفحة ١٤٧.

الخطاب لن ينقض ما حكم به الأمام علي رضي الله عنه عندما عهد اليه القضاء مع زيد بن ثابت وكان في حكمها رأي مشترك[1]. وكذلك امتثال علي لرأي وحكم قاضيه شريح في حادثة الدرع[2]. وعليه فكان الخلفاء والولاة والرعية يخضعون لأحكام القضاة والامتثال لها احتراماً وتنفيذاً لأحكام الشرع. فقوة الحكم الصادر من قاضي المظالم تتمثل في المكانة التي يتمتع بها القاضي في نفوس الرعية عموماً، والخلفاء والولاة خصوصاً. اضافة الى ان تنفيذه هو الآخر يحظى بنفس الهيبة والإحترام، لما يتمتع به قاضي المظالم من سطوة السلطة، يستمدها مباشرة من الخليفة ونصفه القضاة باعتباره قاضياً متخصصاً.

ثالثًا: من حيث أطراف المنازعة وموضوعها، إن أطراف الدعوى في قضاء المظالم هما: الإدارة وموظفيها من جهة، والرعية من جهة أخرى. لذلك فهي خصومة بين جهة الإدارة ورجالها المعتدية، وبين الأفراد المعتدى عليهم. فيلتزم القاضي بتطبيق أحكام الشرع وأن يقدم أمر الله تعالى ويقضي بما في كتاب الله، فإن أتاه شيء لم يجده فيه قضى بها في سنة رسول الله ﷺ، فإن لم يجده نظر في الإجماع، فإن لم يجده اجتهد رأيه[3].

(١) محمود عرنوس، تاريخ القضاء في الإسلام، مصدر سابق ص ٢٨.

(٢) أبي الفلاح بن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في إخبار من ذهب، مطبعة القدس، القاهرة، ج١، ص٥٨.

(٣) وذلك لقول معاذ بن جبل عندما سأله الرسول ﷺ لما بعثه على قضاء البحث فقال له إن عرض لك قال؟ قال: بكتاب الله، فإن لم تجد؟ قال أجتهد رأي ولا ألو قال: الحمد لله الذي وفَّقَ رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله.

كذلك فإن سلطة القاضي الإداري في الإسلام لا تقتصر على الغاء القرارات والأعمال المخالفة، بل يحكم أيضاً بالتعويضات المالية عن الأضرار المادية والمعنوية التي تصيب الغير من جراء تصرفات الإدارة ورجالها[1]، وتحميل الإدارة مسؤوليه عدم تكرار ذلك، ومعاقبة المخالف، وبذلك يكون للقاضي الإداري الإسلامي سلطة وولاية الإلغاء، بالاضافة الى سلطة التعويض وهي ولاية القضاء الكامل[2].

أما في مجالات الاختصاصات غير القضائية، فإن قاضي المظالم يمارس عدة سلطات إضافية كالنظر في تعدي الولاة وجور موظفي الدولة على الرعية[3] وغيرها من المظالم، وان لم يكن هناك دعوى أو خصومة مقامة أمام القاضي الإداري، وانما له الحق في النظر بمثل هذه التعديات والمظالم عندما يراها أو يسمع بها، وتعتبر جزء من أعماله الغير قضائية والتي يغلب فيها الجانب التنفيذي، تنفذها على سلطته الولائية، وبذلك فهو يجمع بين وظيفتين الأولى رفع الظلم عن المظلوم بالحكم القضائي وانصافه ولثانية رقابة وتنفيذ الحكم.

ثانيًا : من حيث قوة الحكم وتنفيذه، ان حكم قاضي المظالم له حجية مطلقة في مواجهة الإدارة والأفراد وعليهم الأمتثال لحكم القاضي وتنفيذه، فالخليفة عمر بن

---

(١) إبن عبد الحكيم سيرة عمر بن عبد العزيز، تصحيح وتعليق أحمد عبيد، عالم الكتب، بيروت، الطبعة السادسة ١٩٨٤، ص٣٩، ٧٥.

(٢) د. فؤاد النادي، مبدأ الشرعية، مصدر سابق ص٢٣٩.

(٣) كان ينظر في مسائل الضرائب وأحوال الكتاب الدواوين ورد الغضوب والتي أشرنا إليها سابقاً.

ومراكز قانونية[1] .

إن هذه السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري الإسلامي لها خصوصية منفردة، لا تقتصر على سلطة الغاء القرار الباطل، والذي فيه تجاوز واعتداء على الشرعية، بل تمتد لتشمل الفصل في مدى ما يرتبه حكم الإلغاء من حقوق ومراكز قانونية. وعليه فإن القاضي الإداري عندما يحكم بتعديل القرار الإداري أو تغيير مضمونه فانه يستمد هذه الصلاحية من المبدأ الإسلامي الذي يؤكد على وجوب مطابقة أعمال السلطة التنفيذية ومواقفها لأحكام الشرع، وان أي مخالفة لهذا المبدأ يكون على القاضي الإداري إبطال العمل المخالف[2] لأحكام الشريعة، وهذا المبدأ من المبادئ التي تدخل في دائرة الشرعية الإسلامية، وهي بذلك خصوصية انفرد بها القضاء الإداري الإسلامي، ولايعرفها القضاء الإداري المعاصر، لأن هذا الأخير يكتفي بالغاء القرار الإداري المخالف وابطاله ولا تتعدى صلاحيته غير ذلك[3] . في الوقت الذي أن أي تدخل وأن أي أعمال او قرارات صادرة من الإدارة لا تراعي أو تتبع أحكام الشرع تعتبر باطلة في مواجهة الأمة[4] .

(١) د. سعيد الحكيم، الرقابة على الإدارة في الشريعة، مصدر سابق ص٥٢٣ .

(٢) أبو العباس القشقلندي، صحيح الأعشى في صناعة الإنشاء، مطبعة وزارة الثقافة ج١ ذ ن ص٣٣٤ .

(٣) أنظر مؤلفنا القضاء الإداري - دار وائل للنشر - عمان / ١٩٩٨ صفحة ١٨٥ .

(٤) د. سليمان الطماوي " عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة " طبعة أولى، ١٩٦٩ ص ٣٤٤.

أولاً : على صعيد سلطة القاضي، سبق وأن أشرنا إلى أن القاضي الإداري في الإسلام له سلطات متعددة وواسعة قضائية وغير قضائية.

ففي مجال الإختصاصات القضائية، فإن القاضي الإداري ينظر في المنازعات المتعلقة بتعدي الإدارة وحكامها وموظفيها على الأفراد، والتي تكون بناء على دعوى أو خصومة يعجز القضاء العادي عن نظرها، لكونها خصومة تتعلق بالإدارة أو أحد رجالها، مما يتطلب أن ينظر فيها قاضي له من النفوذ والسطوة ما ليس للقاضي العادي.

لذلك إذا كان تصرف الإدارة أو أحد موظفيها فيه تعد على الأفراد وحقوقهم، وخالف مبدأ الشرعية جاز للقاضي، أن يلغي التصرف أو العمل الإداري المعيب والمخالف للشرعية[1]. أن سلطة القاضي لا تقتصر على مجرد الإلغاء للتصرفات المعيبة، بل له أن يصدر أوامر للإدارة والأفراد بعمل شئ أو الإمتناع عن عمل شيء[2].

ويجوز للقاضي أيضاً أن يحل محل الإدارة في إصدار القرارات الإدارية، وأن يعدل فيها أو يغير من مضمونها، وله أن يبين آثار حكم الالغاء وما يرتبه من حقوق

(١) د. فؤاد محمد النادي مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة لقانون الفقه الإسلامي، طبعة أولى ١٩٧٤ ص ٢٥١.

(٢) المستشار علي منصور، الحكم والإدارة في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق ص ٢١٥.

بعد هذه المعطيات التاريخية والشواهد والأقضية التي أبرزت استقلالية القضاء الإداري الإسلامي يبقى علينا في المحور القادم أن نبحث خصوصية هذا القضاء على إعتبار أنه متخصص في الصلاحيات والقضاة وأنه قضاء تستدعيه اعتبارات العدالة الإدارية والاجتماعية في البلدان العربية الإسلامية، إضافة إلى الاعتبارات الدينية.

المبحث الثالث

القضاء الإداري الإسلامي قضاء "متخصص"

تتجلى خصوصية القضاء الإداري الإسلامي في مدى الصلاحيات والسلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري لمراقبة أعمال وتصرفات الإدارة ورجالها، وتعدياتهم على حقوق وحريات الأفراد وأموالهم. وتظهر خصوصية مؤسسة القضاء الإداري في الإسلام أيضاً ليس فقط في حماية الأفراد من تعسف الادارة والحكام، ورد المظالم عن الرعية، بل انها جاءت لتتم ما يقوم به القضاء العادي وعموم القضاء من أهداف ودعمه في تثبيت الحق وإقامة العدل في المجتمع الاسلامي.

كذلك تظهر خصوصيته بشكل واضح في السلطات والصلاحيات، وفي طبيعة الدعوى، ونوع الخصومة، وفي أطراف المنازعة، ومن حيث قوة الحكم، وتنفيذه، فضلاً عما للقضاء الإداري من خصوصية في سلطات أخرى واسعة سواء في مجال التأديب والتفتيش أو الرقابة أو غير ذلك مما يجعله قضاءاً له خصوصية منفردة ومتميزة تتعدى عدة جوانب وهذا ما سنشرحه في الصفحات القادمة.

المظالم . .[1]، فما نشاهده في السعودية بوجود محاكم عادية (شرعيه) إلى جانب ديوان المظالم الذي له اختصاصات وسلطات مستقلة عن القضاء العادي دليل يضاف إلى ما سبق ذكره في استقلالية قضاء المظالم عن القضاء العادي وعن أعمال السلطة التنفيذية، رغم أن ارتباط ديوان المظالم رئاسياً بأعلى سلطة تنفيذية هو ليس إلا لإعطائه هيبة ونفوذ في الحكم القضائي، وإن هذا الارتباط هو ليس ارتباط وظيفي في الاختصاصات، كما شرحناه سابقاً عند حديثنا عن الإستقلال العضوي والوظيفي، بينما يرى البعض الآخر أن الوضع[2] الحالي لديوان المظالم ما يجعله بمثابة المحكمة العليا وأن له الحق في الفصل والبت فيما يطرح عليه من تظلمات إدارية، وله الحق بإلغاء القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ الشرعية وينظر أيضاً في التعويضات وغيرها من الإختصاصات الأخرى، وبذلك فإنه يقوم باختصاصات قضائية ليست بعيدة عما تقوم به المحاكم الإدارية الحديثة في فرنسا و مصر وغيرها من الدول التي تأخذ بالقضاء المزدوج . إن الاختلاف قد يظهر في الإجراءات وهذا أمر مقبول وطبيعي لأنها إجراءات تستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

---

(١) د . عبد الحميد الرفاعي "القضاء الإداري بين الشريعة والقانون "دار الفكر العربية، بيروت ١٩٨٩ .

(٢) د. محمد كامل ليله، مبادىء القانون الإداري، مصدر سابق ص ١٠٧ وهناك من يرى بأن المظالم ما هو إلا هيئة استشارية مهمتها فحص الشكاوى والتحقيق فيها دون حق البت بقرار نافذ أو حكم نافذ . أنظر فؤاد مهنا، مسؤولية الإدارة في تشريعات البلادالعربية١٩٧٢ص٢٩ وهناك من يرى بأنه أسبق بهيئة مركزية للرقابة والتفتيش د . عدنان الخطيب مصدر مشار إليه لدى د . عبد الحميد الرفاعي، القضاء الإداري بين الشرعية والقانون، ١٩٨٩، مصدر سابق ٢ .

وتثبيته. فبات من الضروري تثبيت قاضي المظالم وأعطاءه سلطات شاملة "تجمع بين سطوة الحماة وثبت القضاة "[1]، فجاءت وظيفة قاضي المظالم قضائية وتنفيذية معاً" ممتزجة من سطوة السلطة ورفقة ونصفه القضاء "[2] فإنها سلطة قضائية لمعالجة الترهل الإداري وفساد بعض الحكام والرد على الظلم والجور، وإنها سلطة تنفيذية لارتباط قاضي المظالم ارتباطاً مباشراً ورئيسياً بالخليفة .

وهذا ما يشبه اليوم ارتباط مجلس الدولة الفرنسي برئيس الدولة، وهو الجهة القضائية ينظر في المنازعات الإدارية، وكذلك مجلس الدولة المصري وهو جهة قضائية الذي يرتبط هو الآخر برئيس الوزراء أو مجلس الوزراء، وهذا يفسر لنا أن مجلس الدولة الفرنسية أو المصري كلاهما صنو لديوان المظالم[3] وأحدث نموذج ومثال لاستقلالية قضاء المظالم في الدول العربية الإسلامية ما يسير عليه ديوان المظالم السعودي الذي هو امتداد متطور لقضاء المظالم في الشريعة الإسلامية، وان كان في أطره العامة لم يخرج عن الحدود التي رسمها الأمام الماوردي لديوان

(١) الأحكام السلطانية، للماوردي، مصدر سابق ص ٨٣-٤٨، وأيضاً مقدمة ابن خلدون، مصدر سابق ص١٩١.

(٢) مقدمة إبن خلدون، مصدر سابق ص ١.

(٣) أن قضاء المظالم هو "هيئة قضائية عليا تشبه محكمة الإستئناف في الوقت الحاضر بل (مجلس الدولة)، لذلك كانت سلطة قاضي المظالم أعلى بكثير من سلطة القاضي "د. مصطفى الرافعي مصدر مشار إليه لدى د. عبدالله طلبة الرقابة القضائية، دمشق طبعة رابعة ١٩٩٤ ص ١٠٣.

٦- سير بعض القضاة وفق رغبات الحكام والولاة وبأساليب مختلفة فتارة يقربونهم بالهدايا والهبات، وتارة يحاولون جذبهم بالمناصب، وتارة يهددون من لا يأبى على السير وفق رغباتهم[١] مما حمل البعض من القضاة بالخروج عن مهامهم ووظائفهم[٢].

٧- كثرة تعديات الولاة والحكام على حقوق الرعية وعلى أموالهم الخاصة وعلى الحقوق والأموال العامة [٣]

٨- عدم تمكن المعتدي من رفع الأمر الى القاضي العادي لضعف هذا الأخير من الولاة والحكام وأصحاب النفوذ وعدم تجرؤ البعض الآخر من القضاة من النظر في المنازعة والحكم على رجال السلطة[٤]، أن هذه الأسباب وغيرها[٥]. كانت تقتضي بضرورة كبح جماح المعتدين من الطغاة وانصاف المظلومين، والنظر في المظالم التي يعجز عنها القاضي العادي سواء كان أحد أطراف المنازعة قوى وصاحب نفوذ، أو سواء يكون النزاع بين طرفين قويين، فضلاً عن ضرورة الحفاظ على العدل في الدولة الإسلامية وإحترام مبدأ الشرعية

(١) أنظر د. شوكت عليان السلطة القضائية في الإسلام، مصدر سابق ص ٧٨.

(٢) د. حسن إبراهيم حسن، تاريخ الإسلام السياسي، ج٢ مطبعة النهضة ص ٢٨٧.

(٣) د. محمد كرد علي، الإدارة العربية، مصدر سابق ص ٣٠٢ د. سعيد الحكيم، مصدر سابق ٥١٢، ٥١٥ "فالسبب الأصيل لنشأة قضاء المظالم هو على كبار الولاة ورجال الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي، رسالة دكتوراه ساعدت جامعة بغداد على طبعها، ١٩٧٩ الطبعة الأولى ص ٤١٥.

(٤) د. شوكت عليان، السلطة القضائية، مصدر سابق ص ٧٨.

(٥) هناك من الأسباب المتعددة للتفصيل أكثر د. شوكت عليان مصدر سابق ص ٧٨-٧٩.

وهناك أسباب واقعية أخرى مرت بها الدولة الإسلامية[1]، دفعت جميعها إلى التعجيل في تثبيت معالم وولاية قضاء المظالم، خاصة على أثر توسع الدولة الإسلامية، وازدياد فتوحاتها وولاياتها مما أدى إلى كثرة مهام الخليفة و انشغاله بأمور الدولة سياسياً وإدارياً، فكان لا بد من تعيين قضاة في جميع الاختصاصات للبلدان المفتوحة والتابعة للدولة الإسلامية، ولتخصيص رجالا للقيام بوظائف ومهام القضاء وحسم الخصومات بين الناس، ويمكن حصر أهم الأسباب بما يلي :

١ - تثبيت دعائم الحق وإرساءه وتحقيق العدل وإقامة المجتمع الإسلامي .

٢ - توسع الدولة الإسلامية وكثرة ولاياتها المفتوحة والتابعة لها .

٣ - انشغال الخليفة صاحب الولاية العامة بأمور الدولة السياسية والدينية والإدارية .

٤ - ضعف العلاقة بين عموم الناس والخليفة[2] خاصة على أثر مقتل الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومحاولة الاعتداء على حياة معاوية صار الخلفاء أقل اتصالاً بالعامة .

٥ - تدخل بعض الولاة والحكام في شؤون وأعمال القضاة وتأثرهم بسياسة الدولة مما أضعف من هيبة القضاة وسلطاتهم [3]

(١) انظر د. شوكت عليان، السلطة القضائية في الإسلام، مصدر سابق ص ٤٠٥ .

(٢) د. سعيد الحكيم الرقابة على الإدارة في الشريعة مصدر سابق ص ٤٨٧ .

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي مصدر سابق ص٧٨ محمد كرد علي الإدارة العربية مصدر سابق .

بخصوصية منفردة للقضاء الإداري، فضلاً عن أنها جاءت نتيجة تطور تاريخي لتدعم سلطات القاضي العادي، ولتساعد في احترام وتطبيق العدالة وتثبيت دعائمها ونشر رواق الحق وتنفيذ أحكام الشرع فهي حصيلة جهود صادقة ومخلصة من رجال الأمة الإسلامية وقضاتها في إرساء العدل.

إن القضاء الإداري الإسلامي ليس قضاء مصطنع شيده منظرون كما في القضاء الإداري المعاصر أو قام ببنائه بعض الرجال، لقد نظمت أحكامه وحددت اختصاصاته بشكل منفصل عن القضاء العادي ليرتبط معه في تحقيق أهداف مشتركة للأمة الإسلامية، وليحافظ على أحكم وقواعد الشريعة الإسلامية وتطبيقها ضمن مبدأ الشرعية الإسلامية.

إن البحث في الأسباب الدينية والتاريخية التي كانت وراء تثبيت قضاء المظالم وتوسع سلطاته توضح لنا ذلك، وتؤكد أن الدولة الإسلامية قد شيدت صرحاً شامخاً من المؤسسات القضائية ومنها القضاء الإداري الإسلامي الذي جاء مكونا لسلطات ومهام القضاء العادي وقضاء الحسبة.

فهناك عدة أسباب تاريخية وواقعية عجلت بضرورة إرساء قضاء المظالم بشكل مستمر ومنفصل عن أعمال القضاء العادي، وعن بعض أعمال السلطة التنفيذية. فالبعض من هذه الأسباب قد أشرنا إليها سابقاً عند حديثنا عن تطور القضاء الإداري في زمن ﷺ وعهد الخلفاء لتثبيت العدالة.

معين)[1] أو مقيد بمدة معينة[2] أو يختص ينظر معين من أنواع المظالم[3] لذلك فإن سلطة قاضي المظالم كانت واسعة لكي تتناسب مع المهمة الموكلة إليه[4]، وإن سلطته لاتقتصر على مجر إلغاء التصرفات المعيبة وغير المشروعة وليس فقط للتحقق من مشروعية العمل أو التصرف الإداري أو الحكم بالتعويضات، بل أن لقاضي المظالم بالإضافة الى ولاية القضاء الكامل له أيضاً أن يصدر الأوامر إلى الإدارة والأفرادبعمل شيئ أو الامتناع عنه[5]، وله أن يحل محل الإدارة في اصدار القرارات الإدارية.

ولقاضي المظالم أن يعدل أو يغير من مضمون القرارات، وله أن يفصل في مدى ما يرتبه حكم الإلغاء من حقوق ومراكز قانونية، فهو يبحث عن أساس الحق المدعى به ومداه لإرساء دعائمه[6]. وكل هذه السلطات هي ضمن دائرة مبدأ الشرعية، فهي سلطات واسعة وشاملة للعمل والتصرف الإداري مما يثبت أن سلطة القاضي الإداري لها مكانة أعلى بكثير من سلطة القاضي العادي، بل أنها صرح شامخ تتمتع

(١) د. شوكت عليان، السلطة القضائية في الإسلام، مصدر سابق ص٣٠٤ وما بعدها.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي، مصدر سابق ص ٧٣ وأبو يعلا ص٦٩ د. شوكت عليان السلطة القضائية مصدر سابق ص٣١٠.

(٣) للتفصيل أنظر د. شوكت عليان، السلطة القضائية مصدر سابق ص ٣١٣، ٣٢١

(٤) الأحكام السلطانية للموردي، مصدر سابق ص ٨٣-٨٤ وأيضاً لأبي يعلي ص ٧٩.

(٥) علي علي منصور، نظم الحكم والإدارة في الشريعة والقوانين الوضعية ط٢ ١٩٧١، ص٢١٥.

(٦) علي علي منصور، نظم الحكم والإدارة، مصدر سابق، ص٢١٥.

أما الإختصاصات غير القضائية التي يمارسها قاضي المظالم والتي يطغي عليها الجانب التنفيذي كتنفيذ الأحكام التي يعجز القضاة عن تنفيذها لعجزهم وضعفهم أمام قوة وسطوة المحكوم عليه . كذلك النظر فيما يعجز عنه والي الحسبة من المصالح العامة والعبادات الظاهرة[1] . ويراقب أيضاً قاضي المظالم مشروعية الأعمال القضائية بالإضافة إلى رقابة أعمال الإدارة[2] ، فينظر في الحكم وفيما إذا كان مخالفاً لنص الكتاب أو السنة أو الإجماع فينقضه ، أما إذا لم يكن مخالفٌ وإنما كان الأمر راجعاً لاختلاف في الرأي لم يجز له نقضه[3] . إن تمتع قاضي المظالم بهذه سلطة يعكس لنا بأن قاضي المظالم يمارس سلطة أوسع من سلطة القاضي العادي، كما يوضح لنا أن لسلطة قاضي المظالم هي سلطة دولة و سلطة ذوي النفوذ والقوة ، اضافة لسلطته القضائية التي قد تكون فيها اختصاصات شاملة لا تتقيد بزمان ولا مكان ولا بنوع القضايا ولا بالخصوم لأن ولايته هي ولاية عامة من غير تخصص[4] وقد تكون ولايته خاصة فيكون إختصاص قاضي المظالم محدد بالمكان نطاق إقليمي

(١) الأحكام السلطانية للماوردي، مصدر سابق ص ٨٣ ايضاً الأحكام السلطانية لأبي يعلي، مصدر سابق ص ٧٨ .

(٢) الكندي، كتاب الولاة والقضاة، مصدر سابق ص ٤٣٠ ، ٤٧٤ .

(٣) لابن قدامة، المغنى ج١١ مصدر سابق صفحة ٤٠٣ ، ٤٠٥ د . محمد نعيم نظرية الدعوى، مصدر سابق ص ٦٠٤ .

(٤) الأحكام السلطانية للماوردي، مصدر سابق ص٢١ ، الأحكام السلطانية لابن يعلي، مصدر سابق ص ٢٨ .

(د) من حيث اختصاصات[1] قاضي المظالم فيمكن أن نجملها في اختصاصات قضائية وغير قضائية: فالاختصاصات القضائية يتولاها قاضي المظالم من تلقاء نفسه، كالنظر في تعدي الولاة وموظفي الدوله على الرعية[2]، والنظر في مسائل الضرائب[3] وتصفح أحوال الدواوين والأوقاف العامة[4] ورد الغصوب السلطانية لأربابها من أموال اغتصبها الحكام والولاة وضموها لأنفسهم أو للدولة[5]، ومن الإختصاصات القضائية الأخرى والتي يتولاها قاضي المظالم بناء على تظلم تكمن في تظلمات عمال وموظفي الدولة [6] ورد الأموال المغصوبة بالقهر والغلبة[7]، والنظر في المنازعات المتعلقة بالأوقاف الأهلية والخاصة، والنظر بين المتنازعين والمتشاجرين[8].

---

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية مصدر سابق ص ٨٠-٨٢ وكذلك لابن السلطانية مصدر سابق ٧٦-٧٩.

(٢) الماوردي، الأحكام السلطانية مصدر سابق ص ٨٠ علي الطنطاوي سيرة بن عمر بن الخطاب مصدر سابق ٢٣٠ محمد كرد علي الإسلام والحضارة العربية، مصدر سابق ج٢ ص ٢٥٤.

(٣) المقريزي، خطط المقريزي، مصدر سابق ص٨٤ الأحكام السلطانية الماوردي، مصدر سابق ص٨٠، ٨١محمد كرد علي الإسلام والحضارة، مصدر سابق ص ١٧٥، ١٨٣

(٤) الأحكام السلطانية، للماوردي، مصدر سابق ص ٨١.

(٥) فقد أنصف عمر بن الخطاب واحداً من أهل الذمة حين تظلم إليه من إغتصاب الوالي لضيعته للبيهقي. ابراهيم بن محمد "المحاسن والمساوئ" ١٩٠٦، ج٢ ص ١٤٧

(٦) الأحكام السلطانية للماوردي، مصدر سابق ص ٨١.

(٧) الأحكام السلطانية للماوردي. مصدر سابق ص٨٢ ابن الأثير التاريخ الكامل مصدر سابق ج٧ ص٩٣.

(٨) الأحكام السلطانية للماوردي مصدر سابق ص ٨٢، ٨٣.

بالأحكام الشرعية، وله في سلامة الحواس والأعضاء والشجاعة والنجدة[1].

(ج)من حيث عزل قاضي المظالم، فهو وإن كان يمارس عملاً يدخل في ولاية عموم القضاء مما يجعل عزلة يخضع للقواعد التي تحكم عزل القضاة العاديين[2]، إلا أنه لا يجوز عزل قاضي المظالم ما لم يتغيز حاله، أو تكون هناك مصلحة تتحق أو تقتضي ذلك، أو أنه تولى القضاء ولم يكن من ذوي الولاية العامة لأنه لو كان من ذوي الولاية العامة، فانه ينعزل عن قضاء المظالم بعزله عن وظيفته الأصلية، ويخضع للقواعد العامة التي تنظم وظيفته الأصلية.

لذلك فإن القاضي عندما يمارس القضاء ولم يتغير ولم تكن مصلحة تقتضي ذلك أو تحقق بعزله، فانه يستمر في القضاء ما دام قد ولى القضاء لمصلحة المسلمين، ولا أضرّ ذلك بسير العدالة ودفع إلى التدخل في أعمال القضاة.

(١) راجع الشروط التي يجب توافرها في أصحاب الولاية العامة والقضاة المشار اليها في الأحكام السلطانية للماوردي مصدر سابق ص ٦، ٢٢، ٣٠، ٦٥، ٦٧، وكذلك الأحكام السلطانية لأبي يعلي - مصدر سابق ص ٢٠، ٣٤، ٦٠ وما بعدها.

(٢) إختلف الفقه الإسلامي في مسألة عزل عموم القضاة وقضاة المظالم بين رأي يرى عدم عزلهم، لإبن قدامى الشرح الكبير، الطبعة الأول ج١١ مصدر سابق ص ٣٨٣، ويضاً لابن قدامى المغنى، مطبعة المنار الأولى ج١١ ص ٤٧٩. وبين رأي يرى عزل القضاة ولو لم يصدر منهم ما يقضي عزلهم. لابن قدامى الشرح الكبير، مصدر سابق ج١١، ص ٤٧٩.

(أ) من حيث تشكيل مجلس المظالم[1]، يلاحظ أن تشكيل مجلس المظالم يتكون من خمسة أصناف بالاضافة إلى قاضي المظالم وهم الحماة والأعوان (الحجاب والحراس)[2]، والقضاة والحكام[3]، والفقهاء والكتاب، والشهود الذين يشهدوا على ما أصدره القاضي الإداري من أحكام وإثبات ما يعرفونه من الخصوم[4].

(ب)من حيث الشروط الواجب توافرها في قاضي المظالم كما وصفها الماوردي[5] أن يكون مسلماً وحراً وبالغاً ومن الذكور وعادلاً وعاقلاً وعالماً

---

(١) انظر ما وصفه المقريزي في خططه عن دار العدل وما يتعلق بمجلس المظالم مصدر سابق ج(٢) ص ٢٠٧.

(٢) يقوم الحجاب والحراس بحراسة الأمن وحفظ النظام وإحضار من يمتنع من الخصوم عن الحضور. خطط المقريزي، مصدر سابق ج(٢) ٢٠٧، وأيضاً محمد كرد على، الإسلام والحضارة العربية، مصدر سابق ج٢ ص ٢٧٦ وما بعدها.

(٣) يحضر القضاة والحكام لمعرفة ما يجري بين الخصوم والمتقاضين ولتقديم الرأي والمشورة.

(٤) كان المجلس ينعقد في البداية في المجلس، ودار الخلافة، وأي مكان آخر فقد كانت المظلمة تنظر فور رفعها في المكان ثم تطور الأمر وأصبح مجلس المظالم ينعقد في مكان مخصص له، في دار الخلافة. ابن الأثير، تاريخ الكامل، مصدر سابق ج٢ ص ٣٣. د محمد نعيم، نظرية الدعوى مصدر سابق ص ٢١، وقد بنى باقي السلاطين دار للعدل مستقل، المقريزي كتاب السلوك لمعرفة دول الملوك مصدر سابق ج٣ ص٥٦٦، ٧٠٩، ٨٣٧، ٨٤

(٥) أن يكون جليل القدر نافذ الأمر، عظيم الهيبة، ظاهر العفة، قليل الطمع، كثير الورع، لأنه يحتاج في نظره الى سطوة الحماة وتبيت القضاة. " الأحكام السلطانية، الماوردي، مصدر سابق ص ٧٧.

وأسلوباً معيناً . فكان يبحث في الظلامة فإذا احتاج إلى قضاء دفعها إلى قاضيه أبي إدريس ينظر ويقضي بها ، وخصص بعد ذلك قضاة معينون ينظرون في قضايا الأفراد والجماعات على الولاة وعمال الخراج وكتاب الدواوين وكتاب بيت المال . فكانت الأحكام تصدر انذاك وتنفذ بأمر الخليفة ، وبعد أن اضمحلت سلطة الخلافة حرص الوزراء على نظر المظالم[1] " وكان هناك من يتولاها بعيداً عن حاضر الخلافة[2] وكان قضاء المظالم متخصص يختلف عن القضاء العادي " فمن المستقر أن ولاية المظالم تختلف عن ولاية القضاء العادية وليس للقاضي العادي أن يتولى المظالم ، إلا إذا صدر قرار بذلك ممن له الحق في التولية ، ويظهر ذلك من نص كتاب تولية الحسن محمد الحسين العلوي ، وتولية يحيى بن أكثم المظالم بالإضافة إلى عمله كقاضي للقضاه وابن ادريس الخولاني قاضي عمر بن عبد العزيز[3] ، وبذلك فقد جسدت أعمال الخلفاء الراشدين ، وأصحاب الولاية العامة استقلالاً في أعمال السلطة القضائية عن أعمال السلطة التنفيذية ، كما أن هناك إنفصال متعدد الجوانب للقاضي النظامي عن قاضي المظالم سواء ما يتعلق في تشكيل مجلس المظالم ، أو بالشروط الواجب توافرها في إختيار قاضي المظالم ، أو عزله ، وأيضاً من حيث اختصاصاته . وهذا ما سنوضحه تبعاً :

---

(١) مقدمة إبن خلدون ، مصدر سابق ص ١٩٢ .

(٢) فقد تولى إسحاق بن إسماعيل بن حماد ولاية المظالم في مصر في عهد المأمون ، كما تولاها إسحاق بن المتوكل من قبل أمير مصر . . . . انظر د٠ سعيد الحكيم مصدر سابق ٤٩٣ .

(٣) د . سعيد الحكيم ، مصدر سابق ص ٤٩٦ ، ٤٩٥ .

ثانياً: استقلالية سلطة القضاء الإداري الإسلامي:

ظهرت بوادر استقلالية القضاء الإداري الإسلامي من زمن الرسول صلى الله عليه وسلم وعمل بها الخلفاء وقد "باشروا النظر في المظالم بوصفهم رؤساء للسلطة القضائيه ورؤساء للسلطة التنفيذية "[1] فإن نواة هذه الإستقلالية تجسدت عندما عين راشد بن عبد الله قاضياً للمظالم[2] . وسار الخلفاء على هذه السنة فعين الخليفة عمر بن الخطاب القاضي محمد بن مسلمة قاضياً بينه وبين عماله إذا أمرهم بأمر، وقاضياً بين الوالي والرعية إذا شكوا منه شيئاً "[3] فكان الخلفاء الراشدون ينظرون المظالم، ويباشرون النظر بها بأنفسهم استناداً إلى الولاية العامة، وباعتبار أن القضاء من وظائفها . ولكن بعد مقتل الإمام علي - رضي الله عنه -، ومحاولة الإعتداء على حياة معاوية صار الخلفاء أقل إتصالاً بالعامة . مما دفع ذلك إلى فكرة تخصيص وقت للنظر في المظالم[4] . لذلك خصص خلفاء بني أمية وقتاً محدد للنظر في المظالم، واستمر الحال حتى خلافة عبدالملك بن مروان الذي أفرد لقضاء المظالم يوماً خاصاً ووقتاً محدداً

(١) د. سعيد الحكيم، مصدر سابق ٣٨٧

(٢) وقال ﷺ "من أخذت له مالاً فهذا مالي فليأخذ منه، ومن جلت له ظهراً فهذلا ظهري فليقتص منه" ذكر هذا الحديث علماء السيرة في خطبة الرسول ﷺ للتفصيل أنظر الإشارة إليه لدى د. محمد مصطفى الزحيلي، مصدر ص ٢٧ .

(٣) د. محمد الزحيلي، مصدر سابق ص ٢٧ .

(٤) الأحكام السلطانية، الماوردي مرجع سابق ص٧٨ . محمد كرد علي الإدارة العربية، مصدر سابق ص٣٠٢ .

المواطنين "[1] وهكذا كان القضاة في أحكامهم لا يتأثرون بالحكام بل كانت أحكامهم نافذة حتى على الولاة أنفسهم[2].

ومما يؤكد على مبدأ استقلالية القضاء وعلى مبدأ احترام اختصاصاته، لم يكن من السهل عزل القاضي الذي يطبق أحكام الشرع ولا يخالفها، بالرغم من أن تعيينه وتوليه لمنصب القضاء كان يتم من قبل الخليفة. وهذا يعني أنه بالرغم من الارتباط العضوي والوظيفي للقاضي بالسلطة التنفيذية إلا أن ممارسة وظائفه القضائية وأحكامه كانت مستقلة ومنفصلة عن الخليفة أو الوالي.

إن القواعد القضائية في الإسلام قد اتسعت لتنظم فكرة القاضي المتخصص المستقل عضوياً عن السلطة التنفيذية عندما ولى في القضاء أشخاص لا وظيفة لهم سواه وجعل في أعلاهم قاضي القضاة ليدير شؤون القضاة وينظر في أحكامهم ويتصرف في تعيين ذوي الكفاءة منهم وعزل من شذَّ عن تحقيق العدل، مما يجسد فكر تنافي وجود استقلال عضوي لمنصب القاضي الذي يضاف إلى الاستقلال الوظيفي.

وهكذا عرف الإسلام استقلال القضاء في نشاطه القضائي أو وظيفته القضائية أولا ثم عرف الاستقلال العضوي عن السلطة التنفيذية ثانياً، وبذلك سبق الفكر العالمي بأجمعه بما في ذلك النظريات الحديثة إلى تقرير مبدأ إستقلال القضاء[3].

(١) أبو الأعلى المودووي، نظرية الآلام وهديه في السياسة والقانون والدستور، مصدر سابق، ص ٢٧٠.

(٢) الأستاذ محمد مدكور، القضاء في الإسلام، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٣) د. مذير البياتي، الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي ١٩٧٩، ص ٤٢٨.

الراشدين[1] وأصبح مبدأ استقلال القضاة عن سلطات الحكم من الأمور المستقر عليها والمعمول بها بعد عصر الخلفاء الراشدون. فقد كان القضاء مستقلاً وظيفياً ويحكم القاضي بما يمليه عليه القانون الإسلامي، بعيداً عن التأثير أو الخضوع لميول الحكام وأهوائهم وآرائهم ومذاهبهم[2]. فأصبحت سلطة القاضي غير تابعة لأحد من الخلق، وانما يسير القاضي في أحكامه بوحي من النصوص التي بين يديه من الكتاب والسنة، وبضميره وفهمه وبصيرته في تبين مواضع العدالة. ولم تكن هناك صلة وظيفية بين السلطة التنفيذية، وبين القضاة إلا من ناحية التولية والعزل عندما يخالف أحكام الشرع[3]

فإذا كان الخليفة هو الذي يتولى تعيين القضاه " فلا يحاول التدخل في قضاءه، بل إذا كان لرجل من الرجال دعوى على الخليفة من حيث منزلته الشخصية أو باعتباره رئيساً للهيئة التنفيذية، لم يجد الخليفة إلا الحضور أمام القاضي كعامة

---

(١) أنظر الحوادث المشار اليها آنذاك كحادثة القاضي نصر بن طريف اليحصني الذي كان مثالاً للعدل والحق أيام الأمير عبد الرحمن بن معاوية، ابن الحسن البناهي، تاريخ قضاة الأندلس، نشر ليفي برفنسال، دار الكتب العربي ١٩٤٨، ص ٤٤ وكذلك تدخل الأمير الحكم ابن هشام في الأندلس ص ٤٧ .

(٢) محمد سلام مدكور، القضاء في الآلام، مصدر سابق ص ٣٠ وكذلك الأمثلة ص ٤٤ .

(٣) د. ظافر القاسمي "نظام الحكم في الشريعة والتاريخ والإسلامي " دار النفائس الكتاب الأول، ١٩٩٠ صفحة ٤٠٣ .

فهناك من الحوادث التاريخية التي تؤكد خضوع الخلفاء لأحكام القضاة وللقانون الإسلامي والتي شهدها الإسلام وتعكس استقلالية القضاء عن السلطة التنفيذية . فلدينا والحمد لله الكثير من الأقضية التي تجسد خضوع الخلفاء لحكم القضاة حتى وان كانت الأحكام القضائية مخالفة لرأيهم [١]، وما امتثال الخليفة عمر بن الخطاب في القضية التي قضى بها الإمام علي ابن أبي طالب وزيد ابن أبي ثابت رضي الله عنهما، وكان الحكم الصادر منهما لا يماشي رأي الخليفة عمر [٢]. وكذلك وما قام به عمر بن الخطاب بحجب سلطة الوالي معاوية ومنعه من التدخل في شؤون القاضي عباده إبن الصامت في فلسطين [٣]، دليل آخر يؤكد استقلالية القضاء عن الحاكم أو الوالي. وكذلك الحكم الذي صدر من القاضي شريح في عهد الإمام علي - رضي الله عنه - في قضية الدرع وبالرغم من اختلاف الإمام علي في الرأي مع قاضيه [٤].

وهكذا فإن استقلال القضاء استمر العمل به في العهود اللاحقة للخلفاء

(١) انظر الحوادث المشار إليها في مؤلف د . شوكت عليان، مصدر سابق، ص ٤١٤-٤٢١، وأنظر أيضاً محمد عرنوس تاريخ القضاة، مصدر سابق ص٩٣ .

(٢) محمود عرنوس تاريخ القضاء في الإسلام مصدر سابق صفحة٩٣ .

(٣) مقدمة إبن خلدون، مصدر سابق، ص ٢٢٠، وأنظر أيضاً الحوادث في مؤلفات د . محمد مصطفى الزحيلي " التنظيم القضائي في الإسلام " دار الفكر، دمشق ١٩٨٢، ص ٢٥ . أيضاً الطنطاوي، سيرة عمر ابن الخطاب، مصدر سابق، دمشق، ص ٦٧٧ .

(٤) أنظر د . شوكت عليان، مصدر سابق، والأمثلة المشار إليها في مؤلفها ص ٤١٤، ٤٢١ .

يألفوها، وتضاعفت الخصومات. كذلك توسعت استقلالية القضاء بسبب اشتغال الخلفاء والولاة بالسياسة العامة للدولة الإسلامية، حتى أصبح من المتعسر على الخليفة أو نائبه أن يجمع النظر في الأمور العامة مع الفصل في الخصومات. لذلك فكر الخليفة في توزيع الأعمال التنفيذية والقضائية المتشعبة والكثيرة، وفصلها البعض عن البعض الآخر، وليس هناك ما يمنع من تنظيم الدولة الإسلامية[1] " فكانت سلطات القاضي في الدولة الإسلامية مستقلة عن سلطات الحكم، يمارس عمله بدون أي تعقيب أو تدخل من ولي الأمر "[2] فيحكم في النزاع وفقاً لما يؤدي اليه اجتهاده بنفسه. وبذلك بدأ القاضي استقلال وظيفي عن الخليفة أو الوالي الذي عليه أن يمتثل لأحكام القضاة حتى ولو كانت تخالف رأيهم وعلى غير مذهبهم. فكان " القضاء بمنأى عن تدخل الخليفة رغم انه هو الذي يعين القضاة وكان يمكن مساءلة الخليفة أمام القضاء شأنه بذلك شأن الأفراد تماما ولم يسجل التاريخ حادثة واحدة تدخل فيها أحد الخلفاء أو عماله في أعمال القضاء "[3] بل العكس فقد سجلت بعض المحاولات للتدخل والتي انتهت إلى الفشل وترسيخ مبدأ إستقلال القضاء[4].

---

(١) د. شوكت عليان، مصدر سابق، ص ٩٥-٩٦.

(٢) د. سعيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٥٥٨.

(٣) د. عثمان خليل، الديمقراطية الإسلامية، ١٩٥٨، ص ٤٥-٤٦.

(٤) د. عثمان خليل، مصدر سابق، ص ٤٦.

الدرداء معه في المدينة، وولى شريحاً بالبصرة، وولى أبا موسى الأشعري بالكوفة، وكتب له في ذلك الكتاب المشهور الذي تدور عليه أحكام القضاء[1].

وبذلك يكون الخليفة عمر بن الخطاب أول من فصل أعمال القضاة عن الوالي أو الحاكم (السلطة التنفيذية)، وهذا أول تجسيد ومثال للإنفصال الوظيفي والعضوي بين أعمال الحكم والسلطة، وكذلك منع التدخل في شؤون القضاء، عندما حجب سلطة الوالي معاوية ومنعه من التدخل في أعمال القاضي عبادة بن الصامت في فلسطين. وهكذا فعل الخليفة علي - رضي الله عنه - عندما امتثل لأحكام القاضي شريح في قضية الدرع وكأنه كأي فرد من أفراد المجتمع الإسلامي والتي أشرنا إليها سابقاً[2].

وظهرت بوضوح أكثر استقلالية القضاء على ضوء توسع الدولة الإسلامية وكثرة الولايات التابعة لها. وازدادت هذه الاستقلالية على أثر تجاهر الناس بالظلم والفساد من خلال حكم المسلمين لعدة أمم مختلفة لها عادات لم يعرفوها وتقاليد لم

---

(١) ابن خلدون، المقدمة، مصدر سابق، صفحة ٢٢٠.

(٢) كان ذلك على أثر مخالفة الوالي معاوية لشئ أنكره عليه القاضي فيما يتعلق بالصرف. . . فكتب عمر على ضوء ذلك إلى معاوية ويأمره بعدم التدخل في شؤون القضاء. مقدمة بن خلدون سابق صفحة ٢٢٠ د. محمد مصطفى الزحيلي "التنظيم القضائي في الإسلام" دار الفكر، دمشق ١٩٨٢ صفحة ٢٥ أيضاً علي وناجي الطنطاوي "سيرة عمر بن الخطاب" مطبعة المكتبة العربية دمشق صفحة ٦٧٧.

أولا : أستقلال عموم القضاء وظيفياً وعضوياً :

من المعروف أن القضاء في الإسلام فرض كفاية[1]، لذلك فقد باشره الرسول ﷺ بنفسه كما أوضحنا سابقاً، وسار الخلفاء الراشدون على نهجه في رد المظالم والنظر في المنازعات، بإعتبار أن وظيفة القضاء تندرج تحت الخلافة التي هي أصل جامع لجميع الوظائف الدينية والدنيوية، وأن القضاء أحد هذه الوظائف التي يمارسها صاحب الإمامة الكبرى، (الخليفة). فكان الخليفة "يباشر بنفسه قطع الخصوم بين المتنازعين فلا يعتدي ظالم ولا يضعف مظلوم. . ."[2] وهو صاحب الولاية العامة وليس هناك حاجة إلى وجود قضاة متخصصين للقيام بالقضاء، مادام أن الخليفة لديه الوقت للقيام بجميع المهام بما فيها وظيفة القضاء. وعليه فإن عموم القضاء كان في صدر الإسلام مرتبط وظيفياً وعضوياً بالخليفة الذي يباشر القضاء بنفسه، مما جعل ولاية القضاء تتدرج تحت ولاية الخلافة.

فبالرغم من تولي الرسول – صلى الله عليه وسلم – القضاء بنفسه، فانه قد فوض معاذ بن جبل حينما بعثه إلى اليمن بأن يقضي بين الناس كما لاحظنا سابقاً[3] وجرى الخلفاء الراشدون على نهج الرسول ﷺ. وكذلك فعل عمر رضي الله عنه فولى أبا

(١) ابن قدامة، المغنى " طبعة المنار، مصدر سابق جـ ١١ صفحة ٣٧٣.

(٢) ابن خلدون، المقدمة، مصدر سابق، الفصل الحادي والثلاثون في (الخطط الدينية الخلافية) صفحة ٢٧٥.

(٣) الأحكام السلطانية، للماوردي مصدر سابق صفحة ٦٣.

المبحث الثاني

استقلالية القضاء الإداري الإسلامي

نشأ القضاء في الإسلام وتدرج بنيانة عبر عدة عصور، لإقامة العدل وتثبيت دعائمة وضمان أمن المجتمع الإسلامي وحمايته، وكما لا حظنا فقد تجسد عمل القضاء من خلال ثلاث مؤسسات هي (القضاء النظامي، قضاء المظالم، قضاء الحسبة) وكانت جميع هذه المؤسسات تهدف إلى تطبيق مبدأ الشرعية وتنفيذه، وكان بينهما ترابط وثيق، وتعاون عميق في إقامة العدل ودرء المفاسد، وإن جميع هذه المؤسسات تستمد جميع أحكامها وقواعدها من مصادر الشرعية ولا تخرج عن دائرة الحكم بما أنزل الله تعالى ﴿يأأيها الذين آمنو أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله﴾[1]

سنحاول أن نبحث استقلال القضاء بمحورين : الأول سنثبت فيه الإنفصال الوظيفي والعضوي لعموم القضاء، وفي الثاني سنركز على استقلالية القضاء الإداري الإسلامي .

---

(١) سورة النساء : آية ٥٩ .

على سلطة الإدارة وتصرفاتها المخالفة لأحكام الشرع من جهة، وحمل الإدارة على احترامه من خلال القضاء الإداري الإسلامي الذي يعتبر ضمان لنجاح مبدأ الشرعية من جهة ثانية، ومرتجعاً خصباً وحيوياً لتكامل الدولة الإسلامية من جهة ثالثة وميداناً فسيحاً للمؤسسات القضائية التي هدفها الحفاظ على الحقوق الخاصة والعامة من جهة رابعة.

وبذلك يبقى مبدأ الشرعية - بحق - عصب الحياة القانونية المعاصرة والعامود الفقري في بناء نظام قانوني إسلامي وقضاء إسلامي في دولة ومجتمع إسلامي على اساس (الحكم بما أنزل الله تعالى على لسان رسوله وكل ما عدا ذلك فهو باطل).

آخر أن على السلطة الإدارية أن تراعي مصادر مبدأ الشرعية وتدرجها عندما تريد إصدار الأنظمة أو اللوائح الإدارية، أو أنها تريد أن تقوم بعمل اداري فيجب مراعاة التدرج فيكون القرآن الكريم في قمة النظام القانوني، فهو يعلو ولا يعلى عليه، ومن ثم السنة النبوية والإجماع وهكذا يتكون النظام القانوني الإسلامي، ومن ثم يتبعه النظام القضائي الإسلامي المتخصص.

وتطبيقاً لهذا المفهوم فان سلطة القاضي الإداري في الإسلام تنحصر في التحقق من مشروعية عمل الإدارة أو عدم مشروعيته، فله الحق في إبطال التصرفات المعيبة والمخالفة لمبدأ الشرعية، والحكم بالتعويضات المادية والأدبية التي تصيب الغير من جراء تصرفات الإدارة(١)، ويحق للقاضي الإداري الإسلامي أن يحل محل الإدارة في إصدار القرارات الإدارية ما دام أنه يعمل ضمن مبدأ الشرعية وان يعدل أو يغير في مضمونها، أو الحكم بإلزام الإدارة بنتيجة هذا الإلغاء فهو يبحث أساس الحق المدعي به وإحاطته من كافة الجوانب(٢).

إن تطبيق مبدأ الشرعية في الحقوق العامة يمثل ضمانة حقيقية للأفراد تجاه تصرفات الإدارة، وهو صمام أمان ضد نسف واستبداد السلطة الإدارية، وهذا ما تهدف إليه الدولة الإسلامية في تثبيت العدالة. وبذلك يشكل مبدأ الشرعية رقيب

(١) علي علي منصور، نظم الحكم والادارة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، الطبعة الثانية، ١٩٧١ صفحة ٢١٥ .

(٢) د. سعيد الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة، مصدر سابق صفحة ٥٢٣

الإسلامي واحد ومتكامل بكل جوانبه، بما فيه القضاء وجميع أنواعه وأيضاً مترابط من حيث مصادره واحكامه، مما يعني ان هناك وحدة في القضاء ووحدة في القانون الإسلامي.

وعليه وبقدر اختلاف طبيعة المنازعات الفردية عن المنازعات الإدارية واختلاف موضوعاتها، فالمنازعات الفردية تُعنى بالمصالح الخاصة، بينما الثانية تهتم بالمصالح العامة، وان هذا الاختلاف يتطلب وجود قواعد إدارية إسلامية مستقلة عن القواعد الخاصة تنظم وتهتم بمنازعات الأفراد مع الإدارة غير تلك التي تعني وتهتم بمنازعات الأفراد بعضهم بالبعض الآخر، مما يترتب على ذلك وجود قضاء متخصص وهو "القضاء الإداري الإسلامي" ويكون مستقل عن القضاء الخاص، لاختلاف طبيعة المنازعات الإدارية عن المنازعات الفردية.

وعلى ضوء ذلك فان تحديد مبدأ الشرعية في شقه المادي، ينحصر بأن تلتزم الإدارة بتطبيق واحترام قواعد الشرعية الإسلامية في تصرفاتها وأعمالها، وان يراقب القضاء الإداري الإسلامي شرعية هذه التصرفات، وان أي مخالفة للمشروعية يترتب عليها بطلان أعمال الإدارة القانونية منها أو المادية[1].

أما على صعيد الجانب العضوي (الشكلي) لمبدأ الشرعية، فيظهر تطبيق هذا المبدأ بتعديل وإلغاء التصرفات الإدارية أو القواعد المخالفة لمبدأ الشرعية. وبمعنى

(١) السرخي، مصدر سابق شرح السير الكبير جـ ٢ صفحة ٢٧٦.

المصالح العامة) فقد خضعت هذه المنازعات الإدارية لأحكام الشرع أسوة بالمنازعات الفردية . وتأكد ذلك أيضاً من خلال خضوع رجال الإدارة وتصرفاتهم لمبدأ الشرعية . أن خضوع رجال الإدارة وتصرفاتهم لمبدأ الشرعية ليس بالأمر الصعب، ما دام أن الدولة الإسلامية عرفت القضاء الإداري الإسلامي . ولا يتطلب الأمر إلا بعض الجهود من السلطات العامة بإصدار تشريعات إدارية إسلامية تعتمد القانون الإسلامي باعتباره القانون الواجب التطبيق وبما يتماشى وتطور الإدارة بالمفهوم المعاصر . وان الأخذ بالقضاء الإداري ضرورة ملحة للحفاظ على أهداف المؤسسات القضائية في الدولة الإسلامية، وعلى وحدة القضاء الإسلامي الخاص والعام، والتي جميعها ترمي الى تحقيق الشرعية الإسلامية وإقامة العدل وتثبيت أسسه في المجتمع الإسلامي .

ومن غير المعقول أن تجزأ أحكام الشرع ومصادر الشرعية في دولة إسلامية فتطبق أحكام الشريعة وقواعدها في جانب المنازعات الفردية، وتستبعد المنازعات الإدارية من الخضوع لأحكام الشريعة وقواعدها، ومن دائرة القضاء الإداري الإسلامي . إن هذه التجزئة في أحكام الشرع تجعلنا أمام فوضى وإرباك في خضوع المنازعات الفردية لأحكام الشريعة الإسلامية من جهة، والمنازعات الإدارية لأحكام وقواعد غريبة لا تنتمي إلى أحكام وقواعد الشريعة، بل تنتمي لدائرة غريبة هي غير دائرة الشريعة الإسلامية وعليه فإن وحدة القضاء في الإسلام تتطلب خضوع هذا القضاء لنفس المصادر التي تحكم منازعاته سواء الخاصة منه أم العامة، أو بمعنى آخر أن النظام

ويضيف جمهور الفقهاء[1] مصادر أخرى كالاستحسان باعتباره دليل من الأدلة الشرعية في استنباط الأحكام، وهناك مصادر أخرى يمكن اللجوء إليها إذا ما توفرت شروطها، كالمصالح المرسلة[2]. والعرف الصحيح[3] والاستصحاب لإبقاء ما كان على ما كان لا لإثبات حكم جديد[4]

لذلك ومن خلال هذا العرض السريع لمبدأ الشرعية يلاحظ أن القضاء الإداري في الإسلام قد عمل على تطبيق وتنفيذ مبدأ الشرعية بشقيه المادي (الموضوعي) والشكلي (العضوي) على الشكل التالي: -

فعلى صعيد الجانب الموضوعي: فان مبدأ الشرعية قد تجسد وظهر من خلال تطبيق الأحكام والقواعد التي جاء بها القرآن الكريم، والسنة النبوية، وبقية مصادر الشرعية في جميع الأحكام والمحاكم الإسلامية سواء على المنازعات المدنية أو الجزائية أو في الخصومات الإدارية. فقد أخذت الدولة الإسلامية بتطبيق القانون الإسلامي للنظر في المنازعات الفردية الخاصة كما لاحظنا، وأخذت أيضاً بمبدأ الشرعية في المنازعات الإدارية العامة (مجال الحقوق الخاصة أو في مجال الحقوق أو

(١) سيف الدين الآمدي، الأحكام في أصول الأحكام، طبعة صحيح ج٣، ص ١٣٦-١٣٨.

(٢) الآمدي، مصدر اعلاه صفحة ١٣٨.

(٣) وضع الفقهاء عدة شروط لاعتبار العرف مصدراً من مصادر الشريعة أنظر د. زكي الدين شعبان، مصدر سابق ١٩٤ وما بعدها.

(٤) يضيف البعض الآخر من الفقهاء إلى مصادر التبعية، الأحكام التي شرعها الله تعالى للأمم السابقة بواسطة أنبيائه السابقين د. محمد سلام مدكور، مرجع سابق ص ٢٤٠، ١٩٩ وما بعدها.

وتعريف الأحكام[1] ، ويشغل اجماع الصحابة المرتبة الثالثة من المصادر المتفق عليها بين جمهور الفقهاء . والتي يعتمد عليها في إثبات الأحكام [2]لقوله جلَّ شأنه ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾[3] . واتفق جمهور الفقهاء على اعتبار القياس أصل من أصول التشريع ، ودليل على الأحكام الشرعية العملية[4] .

إن القياس مظهر للحكم لا مثبت له ، مما يعنى أن القياس يعتبر طريقة أو وسيلة للمجتهد لاكتشاف واستنباط حكم الواقعة في الكتاب والسنة ، والإجماع ، وطريقاً موصلاً لمعرفة حكم الله من الأدلة السابقة [5] وأن القياس يبين ان الحكم المنصوص عليه يشمل ويتسع الحادثة التي لم ينص عليها صراحة في القرآن والسنة والإجماع ، لاختلاف الحوادث باختلاف البلدان وتجددها كل يوم " فالنصوص تنتهي والحوادث لا تنتهي " .

---

(١) الشاطبي إبراهيم بن موسى ، الموافقات ، المطبعة الرحمانية جـ٣ ص ١٦ - ١٧ وأيضاً محمد سعاد جلال ، السنة وعملها في إثبات الأحكام الشرعية ١٩٦٧ص ٣٤٠ .

(٢) زكي الدين شعبان ، أصول الفقه الإسلامي ١٩٦٩ ، ص ٩٠ وما بعدها

(٣) سورة النساء ص ٥٩ .

(٤) الآمدي ، سيف الدين ، الأحكام في أصول الأحكام ، طبعة صحيح ، ج٣ ص ٦ .

(٥) يتفاوت الفقهاء في درجة الأخذ بالقياس والعمل به ، بين مضيق وموسع ، للتفصيل أنظر د . محمد سلام مدكور "تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره " ١٩٥٧ ، ٢٣٣ . وكذلك د . زكي الدين شعبان ، مصدر سابق ص٦١٧ .

وعلى هذا النهج كانت مسيرة الخلفاء الراشدون في تطبيق مبدأ الشرعية، وبتلك الصورة كان القضاء معمولا به.

فكان مبدأ الشرعية متواجداً في ضمير الدولة الإسلامية من خلال التطبيقات العملية ومتجسداً في تصرفات الصحابة والقضاة. فكان الخليفة واحد من المسلمين له ماللرعية من طاعة، وحلال وحرام، وفرض، ويخضع الجميع الحاكم والمحكوم للقانون الإسلامي بصفة دائمة ومستمرة، وان أي تصرف أو عمل أو حكم مخالف لمبدأ الشرعية يكون محلاً للإلغاء وللجزاء لقوله تعالى ﴿انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيماً﴾ [1].

يتجسد تطبيق مبدأ الشرعية من خلال القرآن الكريم والسنة النبوية الفعلية والقولية، فيعتبر القرآن العظيم هو الأساس التشريعي الأول وصاحب الصدارة عند الرجوع لاستنباط الأحكام، وتشغل السنة النبوية المرتبة الثانية في الإستدلال

= ثم عاد وقال أشهد أن هذه أحكام الأنبياء فان أمير المؤمنين قدمني لقاضيه وقاضيه يقضي عليه.. ثم أسلم النصراني " التاريخ الكامل لابن الأثير، مصدر سابق ج(٣) صفحة ٢، ٣ وأنظر أيضاً عندما ولي قيس بن سعد على مصر " الاوان لكم علينا بكتاب الله وسنة رسوله والقيام عليكم بحقه تاريخ الطبري ج٤ ص ٥٤٩.

(١) سورة النساء: الآية ١٠٥ وقوله تعالى: ﴿ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذيتن لا يعلمون﴾سورة الجاثية: الآية١٨

ومن الأمثلة[1] التي تجسد أحكام الشرع واحترام مبدأ الشرعية عندما تم تعيين القضاة المتخصصين في الولايات الإسلامية[2] في زمن الخليفة عمر - رضي الله عنه - . فعندما بعث شريحاً لقضاء الكوفة طلب منه أن ينظر بكتاب الله ورسوله وان يجتهد برأيه[3] ويستشير أهل العلم والصلاح[4] وكان الخليفة عمر يحرص دائماً على الالتزام بأحكام القضاء مثله مثل أي فرد من رعيته[5] .

وحرص أيضاً الخليفة عثمان ابن عفان - رضي الله عنه - على الالتزام بمصادر الشريعة، كما فعل أيضاً الإمام علي - رضي الله عنه - بالخضوع لأحكام القضاء تطبيقاً لمبدأ الشرعية[6] .

---

(١) على وناجي الطنطاوي سيرة عمر ج١ ، ص ٣ .

(٢) فقد ولى أبا الدرداء قضاء المدينة، وولي شريح قضاء الكوفة، وولي أبا موسى الأشعري قضاء البصرة، وكتب إلى عمرو ابن العاص أن يولى كعب ابن يسار قضاء مصر، ووجه عبادة ابن الصامت ليكون قاضياً ومعلماً إلى الشام. محمود محمد عرنوس، تاريخ القضاء في الإسلام، المطبعة الحديثة، القاهرة ص ٣١، أخبار القضاه. وكيع بن خلف بن حيان، الطبعة الأولى، ج ١، ص ٢٨٣ .

(٣) أعلام الموقعين محمد بن أبي بكر الجوزية ، مطبعة الكليات١٩٦٨ ج١ ، ص٦٢ ، ٤٨ .

(٤) أعلام الموقعين ، مصدر سابق ج١ ص٨٤ . أخبار القضاة لوكيع ج ا ، ٧٥، ٦٢ .

(٥) المغنى ، لابن قدامة، طبعة المنار ج١ ص٤٤٢ .

(٦) فقد خضع رضي الله عنه لأحكام القضاة مثل أي فرد من الرعية ، فكان له درع وقد فقد منه فوجده نصراني فأقبل به الإمام علي شريح القاضي وقال النصراني ما هي إلا درعي وما أمير المؤمنين عندي الا كاذب فقال شريح للإمام على : ألك بينة؟ قال : لا وهو يضحك فأخذ النصراني الدرع ومشى، =

« «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » لأن كل عمل ليس فيه أمر الله مردود ومرفوض[1]، وضمن هذه الرؤيا كانت أعمال وتصرفات أولي الأمر (الحاكم) واجبة مادامت في دائرة الشرعية الإسلامية لقوله جل شأنه ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾[2]. ووفقاً لمبدأ الشرعية التي أخذ بها الرسول - د - فان طاعة الحاكم تكون واجبة وملزمة مادام انه يحكم بأوامر ونواهي الشريعة الإسلامية، وأكد عليه في حجة الوداع « تركت فيكم أمرين لن تضلوا بعدها كتاب الله وسنة نبيه»[3]. وبهذا النهج تمسك سيدنا عمر رضي الله عنه، وجعل من الكتاب والسنة الأساس الأول في الرجوع إليهما لأي خصومة أو منازعة ينظر فيها الخليفة أو القاضي، وعمل على معاضدة من يحترمها ومحاسبة من يخالفها لقول الله عنه " . . فلن يعجز الناس أن يولوا رجلاً منهم فإن استقام اتبعوه، وإن جنف قتلوه . . . "[4] وكان متمسكاً بمبدأ الشرعية في تطبيق أحكام الشرع والحرص على الامتثال في تنفيذها في أعماله وأقواله.

---

(١) لقوله ﷺ «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد» صحيح بخاري مكتبة النهضة ج٩ ص٨٧ أنظر أقضية أبو بكر المشار إليها في مؤلف د. شوكت عليان، السلطة القضائية مصدر سابق، ص٦٤.

(٢) سورة النساء: الآية ٥٩.

(٣) صحيح مسلم، مرجع سابق ج٤١.

(٤) تاريخ الطبري، مرجع سابق، ج ٤، ص٢١٣.

وجوب الخضوع لأحكام الشرع، وعلى هذا الطريق سار الخلفاء الراشدون من بعده، واقتدوا برسولهم في السلوك العام والخاص والامتثال لأحكام القرآن والسنة في تطبيق وتنفيذ العدل بين الناس .

فقد جسد الخليفة ابو بكر رضي الله عنه مبدأ الشرعية في أقواله وأعماله عندما تولى الخلافة وبعد أن بايعه الناس بقوله « . . أطيعوني ما أطعت الله ورسوله فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم . . »[1] وأكد أيضاً رضي الله عنه في اتباع نهج الرسول -ﷺ- في خطبة عندما قال : «وإنما أنا متبع ولست بمبتدع فان استقمت فاتبعوني وان زغت فقوموني . . »[2] وهذا الالتزام والحرص من الخليفة أبو بكر في الامتثال والطاعة واتباع ما جاء به القرآن والسنة يجسد تطبيق مبدأ الشرعية ووجوب تنفيذه والعمل به في تصرفاته وأعماله المتعلقة بشؤون الحكم والقضاء معاً . ويطلب من المسلمين عدم طاعته وهو الخليفة الأول، إذا خرج عن مبدأ الشرعية الإسلامية امتثالاً لقوله ﷺ

= البخاري ، مصدر سابق ج ٩ صفحة٥٣ .

ومن أفعاله ﷺ في تطبيق أحكام الشرع يوم سرقت إمرأه من أشرف قريش (من بني مخزوم) أنظر الجامع الصحيح للإمام مسلم ، طبعة التحرير ج٥ . صفحة ٢٦٩ . وأنظر أيضاً خطبة الوداع وما قاله ﷺ المشار اليها في التاريخ الكامل لإبن الكامل كثير ج٢ صفحة ١٥٤ . وأيضاً السيرة النبوية لإبن هشام الجزء الرابع صفحة ٢٥١ .

(١) تاريخ الطبري، ج٣ مصدر سابق٢١٠ .

(٢) تاريخ الطبري، ج٣ ، مصدر سابق ص ٢٣٣ ، أيضاً د. أحمد زكي صفوت جمهرة خطب العرب في العصور العربية ، الزاهرة ، المكتبة العلمية بيروت الجزء الأول ص ١٨١ .

ورسوله»[1].

يتجلى لنا من حديث رسول الله ﷺ أمرين لا ثالث لهما، الأول يجسد إحترام مصادر الشريعة ألاصلية المتمثلة بالقرآن الكريم والسنة النبوية، ووجوب تطبيقها والعمل بها في القضاء. لقوله تعالى ﴿فاحكم بينهم بما أنزل الله..﴾ وقوله جل شأنه ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون...﴾[2]وعليه فعلى القاضي أن يلتزم بتطبيق أحكام الشريعة وأن يحكم بكتاب الله وسنة رسوله، وهذا هو الشرع المنزل من عند الله تعالى.

والأمر الثاني يعطي للقاضي إمكانية العمل بالاجتهاد والقضاء كمصدر تبعي من مصادر الشريعة عندما لا يجد في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ. وعلى " القاضي أن يستخلص القاعدة القانونية الواجبة للتطبيق عندما يعوزه النص من كتاب الله، وسنته أو إجماع عن طريق الإجتهاد "[3]. فكانت أقوال الرسول ﷺ وأفعاله[4] تدل على

(١) الأحكام السلطانية للماوردي، طبعة الحلبي، مصدر سابق صفحة ٦٣.

(٢) سورة النساء: الآية ٥٩.

(٣) د. سعيد الحكيم "الرقابة على أعمال الادارة في الشريعة ..." دار الفكر العربي الطبعة الثانية ١٩٨٧ الصفحة ٥٦١. أيضاً في هذا المعنى، لإبن قدامة " المغنى " مصدر سابق ج ١١ صفحة ٣٣٩، وأيضاً الشرح الكبير لنفس المؤلف ج١١ صفحة ٤٦٦.

(٤) انظر بعض أقوال ﷺ المشار اليها في صحيح مسلم مصدر سابق ج١ صفحة ١٤, ١٥ وصحيح =

الله من أحكام بالكافرين والظالمين والفاسقين[1] فهذه الايات وغيرها، تدل دلالة قطعية على وجوب اتباع القرآن العظيم والالتزام به والحكم بما جاء به في شؤون الناس ومنازعاتهم.

وضمن هذا المفهوم تقرر مبدأ الشرعية في القرآن الكريم، وتجسد الأخذ به في أقوال وأفعال الرسول ، وحرص على وجوب خضوع الحكام والمحكومين لأحكام الشرع « وعلى المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره إلا أن يأمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة »[2] وأن يمتثل الجميع لأوامر ونواهي الشريعة بقصد العدل وإرساء قواعده في الدولة الإسلامية.

فعندما أرسل ﷺ معاذ بن جبل إلى اليمن ليقضي بين الناس فسأله: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله قال: فان لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله، قال؟: فان لم تجد في سنة رسول الله؟ قال: أجتهد رأي لا آلو، فقال رسول الله ﷺ الحمد لله الذي وفق الرسول، رسول الله بما يرضى الله

(١) ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فألئك هم الكافرون﴾ سورة المائدة الآية ٤٤ وقوله تعالى ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فألئك هم الظالمون﴾ المائدة : الآية ٤٥ ، وقوله جل شأنه ﴿فألئك هم الفاسقون﴾ المائدة : الآية ٤٧ .

سورة محمد الآية ٣٣ سورة النساء الآية: ٥٩، ١٠٥ سورة الجاثية: الآية: ٥٧سورة الحجرات: الآية ١٣ سورة المائدة : الآيات ٤٤، ٤٥، ٤٧، ٤٨

(٢) صحيح مسلم، مرجع سابق، ج٦ صفحة ١٥ .

المبحث الأول

مبدأ الشرعية

حرصت الشريعة الإسلامية على تقرير وتثبيت مبدأ المساواة التامة بين الأفراد جميعا دون تمييز البعض عن البعض الآخر حكاماً كانوا أو محكومين، فالجميع متساوون في الواجبات والحقوق ويحضون لأحكام الشرع ويلتزمون به. فالحاكم مقيد بأحكام الشريعة ولا يحق له أن يخرج عليها أو يتجاوزها، وبالمقابل على المحكوم الالتزام بأحكام الشريعة والامتثال لها وتنفيذها، لقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأُولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إذ كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خيرٌ وأحسنُ تأويلاً ﴾ [1].

فعلى الحاكم والمحكوم طاعة الله ورسوله، والالتزام بأحكام الشريعة وهي طاعة واجبة ومقيدة بمدى طاعة أحكام الله ورسوله، وإذا خرج الحاكم عنها فإن المحكوم يمتنع عن تنفيذ أمر الحاكم المخالف لأحكام الشرع، لقوله ﷺ «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق» [2] وقد نعت الله سبحانه وتعالى الذين لا يطبقون ما أنزل

---

(١) سورة النساء : الآية ٥٩

(٢) صحيح الترمذي، لأبي عبدالله ابن عيسى الترمذي، ج ١ صفحة ٣١٩. سنن ابن ماجه الحافظ ابن عبدالله القزويني ابن ماجه، دار الأحياء الكتب ١٩٥٣ ج٢ ٩٥٦ وقوله ﷺ « لا طاعة في المعروف » صحيح مسلم ج٦، مطبعة التحرير صفحة ١٥ .

القضائية فضلاً عن الوظيفة التنفيذية[1]

إن قضاء المظالم هو قضاء يفصل في الخصومات والمنازعات الإدارية من خلال قاضي المظالم وصلاحياته، وما يتمتع به من هيبة ونفوذ يستمدها مباشرة من الخليفة ويرتبط به ارتباطاً رئيسياً[2]

وعليه كان هناك القضاء العادي الى جانب قضاء المظالم، يقومان جنباً إلى جنب في جميع البلاد الإسلامية[3] وبقدر تعلق الأمر بالقضاء الإداري الذي هو صفو قضاء المظالم بالأمس سنحاول إثبات خصوصيته واستقلاليته في المحاور (المباحث) التالية : -

المبحث الأول : مبدأ الشرعية في القضاء الإداري الإسلامي .

المبحث الثاني : استقلاليه القضاء الإداري الإسلامي .

المبحث الثالث : القضاء الإداري الإسلامي " قضاء متخصص " .

---

(١) مقدمة ابن خلدون مصدر سابق ص ٧٩ وما بعدها .

(٢) مقدمة ابن خلدون مصدر سابق ص ٢٢٢ ، الأحكام السلطانية مصدر سابق ص٧٩ وما بعدها .

(٣) ادم مشر " الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري " نقله الى العربية أية زبده ، يقع في جزئين ، الطبعة الثالثة، طبعة لجنة التأليف ص ٤٢٧ .

يعتبر قضاء المظالم قضاء متخصص يختلف عن القضاء العادي، لذلك لا بد من اناس يتولونه قادرين على القيام به، لهم من السطوة والهيبة والنفوذ ما يقود المتظلمين الى التناصف بالرعية، ورد الظلمات الى أصحابها المظلومين[1]، فانيط بقاضي المظالم اختصاصات واسعة ومتعددة مختلفة عن اختصاصات القاضي العادي[2] ومستقلة عنه وان كان مكملا له كما سنوضح ذلك لاحقاً.

أن ولاية قضاة المظالم جاءت على أساس انها وظيفة ذات طبيعة مزدوجة وممتزجة[3] من سطوة وهيبة السلطة التنفيذية ومن سلطة القضاء[4]، فهي ليست وظيفة من وظائف السلطة التنفيذية البحتة، وليست وظيفة قضائية من وظائف السلطة القضائية البحتة، بل أنها ممتزجة من سطوة السلطة ونصفة القضاء[5]. فهي أوسع من وظيفة السلطة التنفيذية ومن وظيفة القاضي العادي، فتشمل الوظيفة

---

(١) محمد كرد علي، والحضارة العربية، دار الكتب المصرية، ج٢، ص ٢٥٤.

(٢) انظر الأحكام السلطانية للماردي، مصدر سابق ص٨٠-٨٢ حيث جاءت بشكل تفصيلي، وكذلك، انظر ابو يعلى، الأحكام، مصدر سابق، ص ٢٥٤.

(٣) مقدمة ابن خلدون، مرجع سابق، ص ٢١٥، ٢٢٢.

(٤) مقدمة ابن خلدون ص ٢٢٢ أيضاً الماردي، الأحكام السلطانية ص ٧٧-٨٠ يلاحظ ابن خلدون أن ولاية المظالم لم يكاد يكون مقتبساً من تعريف الماردي.

(٥) مقدمة ابن خلدون ص ٢٢٢ وايضاً الماوردي، الأحكام السلطانية ص ٧٧-٨٠ يلاحظ ابن خلدون ان ولاية المظالم لم يكاد يكون مقتبساً من تعريف الماردي

المظالم عناية خاصة فكان ينظر فيها بنفسه على مستوى العامة والخاصة[1] .

ولما غلب السلاطين على بني العباس صار النظر في المظالم اليهم ، فجلس ابن طولون في مصر للنظر في المظالم ، ثم صار خلفاؤه يقومون بها[2] . وعندما فتح الفاطميون مصر اهتموا بأمر المظالم ثم صار الخلفاء بعده يعهدون بذلك الى قاضي القضاة أو إلى بعض علماء الدولة [3] ولما قامت الدولة الأيوبية في مصر بنوا دارا للمظالم (دار العدل) وكذلك الأمر في دمشق وفي مصر خلال فترة سلاطين المماليك[4] .

وعليه ومن خلال العرض التاريخي السريع فإن النظر في قضاء المظالم لا يقتصر مباشرته على الخلفاء وحدهم [5] ، بل انه يجوز للخلفاء تفويضه الى غيرهم [6] ، وانتداب من يرونه لمباشرته [7] من وزراء وولاة على الدولة الإسلامية أو قضاة [8] .

---

(١) أنظر د. حسن إبراهيم حسن ، التاريخ الإسلامي السياسي ، ج٣ صفحات ١٠ ، ١٢ .

(٢) محمد كرد علي ، الإسلام والحضارة العربية ، ج٢ ص ٢٧٧ .

(٣) د. سعيد الحكيم، الرقابة الإدارية في الإسلام، مصدر سابق، صفحات ٤٩٣ ، ٤٩٥ .

(٤) د. شوكت عليان ، السلطة القضائية ، مصدر سابق ، صفحة ٤٠٧ .

(٥) مقدمة ابن خلدون ، مرجع سابق صفحة ١٩١ ، ١٩٢ .

(٦) د. سعيد الحكيم الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية ١٩٨٧ صفحة ٤٩ .

(٧) وقد اعتنى الخلفاء الفاطميون بأمر قضاء المظالم وكانوا يباشرونه بأنفسهم او ينتدبون غيرهم لمباشرته " خطط المقريزي " المواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار ، المطبعة الاميري ، ببولاق ، ج١١ .

(٨) محمد كرد علي، الإدارة الإسلامية في عز العرب، مرجع سابق، ص١٧٥ مقدمة ابن خلدون، مصدر سابق ص١٨٢ .

منفصلة متخصصة ينظر بنوع في المنازعات يباشرها الخلفاء بأنفسهم أو نواياهم[1]

فأصبح الخلفاء يخصصون يوما أو اكثر للنظر في قصص المظلومين[2]، مما جعل عمر بن عبد العزيز أول من يندب نفسه للنظر في المظالم ويتولى ولايتها بنفسه في رد مظالم بني أمية[3].

وعندما زالت دولة بني أمية وحل محلها حكم بني عباس دخل قضاء المظالم مرحلة جديدة وظهرت مكانته بشكل منظم، فجلس خلفاء بني العباس للنظر في المظالم وأول من جلس منهم المهدي [4] والهادي ثم الرشيد والمأمون و هكذا بقية خلفاء العباس للنظر في المظالم وكان آخر من جلس منهم المهتدي الذي أولى لأمر

---

(١) فبعد مقتل الإمام علي كرم الله وجهه ومحاولة الاعتداء على حياة معاوية صار الخلفاء اقل اتصالا بالعامة ومع اتساع رقعة الدولة الإسلامية ودخول شعوب غير عربية . . . " أنظر د. شوكت عليان، مصدر سابق، سعيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٤٨٧ .

(٢) فقد الامام الماردي الوضع الاجتماعي وموقف قضاء المظالم منه بقوله "ان الناس تجاهروا بالظلم والتغلب، ولم تكفهم زواجر العظمة عن التمانع والتجاذب (أي الخصومات فاحتاجو في ردع المتظلمين وردعهم وانصاف المغلوبين الى نظر المظالم التي تمتزج به قوة السلطنة بنصف القضاء) الماردي الأحكام السلطانية ص٧٥ .

(٣) حتى قيل له " إنا نخاف عليك من ردها القواقب ، فقال : كل يوم اتقيه أضاف دون يوم القيامة لاوقتية " الماردي ، الأحكام السلطانية ، مصدر سابق ص ٧٧ .

(٤) كان أول من جلس للنظر في المظالم من خلفاء بني العباس هو المهدي ، الادارة الاسلامية في عز العرب ، مصدر سابق ص ١٣٦ . ابن طباطا بن علي الطقطقي ، الفخري في الآداب السلطانية والدول الإسلامية ، الرحمانية ، القاهرة ، ص ١٣١ .

وأيضاً كان عثمان بن عفان يراقب المظالم ويتتبعها ويعزل عماله اذا تحقق من ظلمهم[1] وانتهج على بن أبي طالب رضي الله عنه وسلك نفس السنة والنهج في رد المظالم وجلس للنظر في المظالم وراقب عماله ووالاهم بالنصح والإرشاد[2].

وبذلك كان الرسول ﷺ والخلفاء الراشدون يباشرون النظر في المظالم بأنفسهم وأحيانا يسندون هذه المهمة الى قضاة الأقاليم[3].

وبعد توسع الدولة الإسلامية وكثرة المنازعات والخصومات وتجاهر الناس بالظلم وازداد جور الولاة وقل اتصال الخلفاء بالعامة، فكان لابد من قضاة متخصصين في قضاء المظالم لديهم من قوة السلطنة والقضاء في رد المظالم وإنصاف المظلومين، وظهر منصب قاضي المظالم بشكل خاص في أيام الخليفة عبد الملك بن مروان الذي خصص يوما للنظر في الظلمات[3]. فأصبح قضاء المظالم ولاية

---

(١) للتفصيل عما كتب في الأمصار لعماله، محمد كرد علي، الإدارة الإسلامية في عز العرب، مصدر سابق، ص ٥٤ .

(٢) الماردي ، الأحكام السلطانية ، مصدر سابق ، ص ٧٧ ، ٧٨ .

(٣) مقدمة ابن خلدون ، ج٢ ص ٧٤١.

(٣) أنظر التطور التاريخي لقضاء المظالم وما كتبه في هذا المجال د. عبد الحميد الرفاعي "القضاء الاداري بين الريعة والقانون " مصدر سابق ص ١١٨-١٢٦ ، وكذلك د. شوكت عليان ، مصدر سابق ص ٤٠٣-٤٠٥ د. محمد مصطفى الزحيلي ، التنظيم القضائي ، دمشق ١٩٨٢ ص ٢٩ وما بعدها .

القضاء في رد مظالم الولاه والعمال في حادثة قبيلة جذيمة [1] وفي عزل عامله على البحرين العلاء بن الحضرمي [2]، وفي ازالة مظلمة القوم الذين تظلموا من عاملة ابي جهم الذي بعثه على الصدقة . . . [3] أن هذه الأمثلة تأكيد لممارسة الرسول ﷺ سلطته القضائية في رد المظالم عن المظلومين.

وسار الخلفاء الراشدون على هذه السنة، وباشروا بأنفسهم النظر في المظالم دون أي تفرقة بين المنازعات والمشاكل. فكان أبو بكر رضي الله عنه يختار عماله ويراقبهم [4]، وتابع الخليفة عمر رضي الله عنه عنه المظالم والنظر في تتبع عمال الولاة والعمال [5].

= د. شوكت عليان، السلطة القضائية في الإسلام، دار الرشيد، الرياض، ١٩٨٢، ص٤٠١.

(١) قتل خالد بن الوليد مقتله في قبيلة جذيمة بعد أن أعلن الخضوع فارسل الرسول الإمام علي إلى هذه القبيلة ليرفع عنها ما أصابها من ظلم وتعسف ودفع دية وذلك على إعتبار أن خالد بن الوليد ارتكب فعله بسبب وظيفته . أنظر تاريخ الرسل والملوك لأبي جعفر بن جرير الطبري، دار المعارف، ج٣، ١٩٦٢ وما بعدها .

(٢) محمد كرد علي، الإدارة الإسلامية في عز العرب، مصدر سابق، ١٩٨٧، طبعة ثانية، ص ٤٨٤ .

(٣) د. سعيد الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ١٩٨٧، طبعة ثانية، ص ٤٨٤ .

(٤) محمد كرد علي، الإدارة الإسلامية، مصدر سابق ص ٢٥ .

(٥) أنظر خطبة عمر رضي الله عنه في ولاته في موسم الحجيج المشار إليها، لدى الإدارة الإسلامية، مصدر سابق صفحة ٣٨ وكذلك انظر د. شوكت عليان السلطة القضائية في الإسلام، مصدر سابق ص ٤٠٣، وانظر أقواله إلى عمال الخراج المشار إليها محمد كرد علي، من الإدارة السلامية عن العرب، مصدر سابق ص ٥٤ .

ابن تيمية " : إن الحسبة في الإسلام هي وظيفة الحكومة الإسلامية[1] " كما أن لها شيئاً من خصائص القضاء وسلطته، فنظام الحسبة واسطة بين أحكام القضاء وبين أحكام المظالم [2] ويعد من جملة مرتكزات القضاء الإسلامي.

ثالثاً : قضاء المظالم:

إن قضاء المظالم هو قضاء منفصل عن القضاء العادي، يهتم في التظلمات والخصومات التي يكون أحد أطرافها أو كلامها من ذوي القوة والسلطان والنفوذ وكبح جماحهم وانصاف المظلومين والنظر في كل حكم يعجز عنه القاضي فينظر فيه من هو أقوى يداً منه وبذلك فهو قضاء يرفع الظلم عن الضعفاء الذين لا يستطيعون دفع الظلم عن أنفسهم [3]وعليه فوظيفة قاضي المظالم كما عرفها ابن خلدون " وظيفة ممتزجة من سطوة السلطنة ونصفة القضاء . . . "[4].

فقد ظهرت بوادر قضاء المظالم منذ زمن الرسول ﷺ[5]وكانت أول نواة لهذا

(١) ابن تيمية تقي الدين أحمد بن شهاب ، الحسبة في الإسلام ، دار السلام ، ص ٨

(٢) لمارودي: الأحكام السلطانية "ص ٢٣٢ .

(٣) خطط العزيزي ، مصدر سابق ن مجلد ٣ ج١ ، ص ١٢٧ .

(٤) مقدمة ابن خلدون ، مصدر سابق ، ص ٢٢٢ .

(٥) يرى بعض الفقهاء أن قضاء المظالم ممتد جذوره قبيل بعثة الرسول الى ما يسمى بخلف فضول الذي تعاهدت قريش على رد المظالم وانصاف المظلوم بحكمه للتفصيل أكثر ، انظر الماردي ، الأحكام السلطانية ، الحلبي ، الطبعة الثانية ص ٧٨-٧٩ لإبن هشام ، سيرة النبي صلى الله عليه وسلم المجلد الأول ، ص ٤٤١ . لابن كثير تاريخ الكامل ، المطبعة الأزهرية المصرية ج٢ ص ١٨ =

فالحسبة نظام يشمل كل ما يتعلق بحق الله في الجماعة[1] وفي الأفراد[2] وما له علاقة بحقوق العباد العامة[3] والخاصة[4] والحقوق المشتركة[5].

وعليه فإن ما يتعلق بحقوق الله تعالى وحقوق الآدميين يشكل الجانب الأول من نظام الحسبة ألا وهو الأمر بالمعروف، وأما الجانب الثاني من غاية نظام الحسبة فيتمثل بالنهي عن المنكر سواء كانت المنكرات تتعلق بحقوق الله تعالى أو بحقوق الآدميين وما يشترك بين الحقين[6].

وبذلك فإن كل ما يخالف القواعد والأوامر الناهية التي جاء بها الإسلام أو ما يمنع من تطبيقها يدخل ضمن نظام الحسبة[7]. فنظام الحسبة نظام خاص من أنظمة المسلمين يقوم على أساس مسؤولية المسلم بفعل المعروف وإزالة المنكر. وكما يقول

---

(١) كترك صلاة الجمعة.

(٢) كتأخير الصلاة عن وقتها، الأحكام السلطانية الماوردي، مصدر سابق، ص ٢٣٤، إحياء علوم الدين للغزالي، مصدر سابق ج٢ ص ٣٢٠ - ٣٣٠.

(٣) كالأمر باصلاح المرافق العامة.

(٤) كالحقوق إذا مطلت والديون اذا أخرت مع اليسار.

(٥) كإلزام النساء بأحكام العدة إذا فورقت.

(٦) الماوردي "الأحكام السلطانية" مصدر سابق ص٢٤١، مصدر سابق جزء ٢ صفحة ٧٤٦.

(٧) كدعاوى الغش والتدليس والتلاعب بالأسعار والأوزان والخروج والآداب والأحكام الشرعية في البيع والشراء.. الخ.

القضاه واختيارهم، كما اهتم في هذا العهد بتنظيم السجلات والدواوين القضائية[1]

ثانياً: نظام الحسبة:

ظهر النظام القضائي الثاني في الإسلام ألا وهو نظام الحسبة[2] حرصاً على تطبيق العدل وتأمين القدر الكافي منه لجميع الأمة والأفراد، وكل ما يمس الحقوق العامة والمصالح الرئيسية لأمن المجتمع الإسلامي.

فالغرض من شرع الحسبة هو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله [3] فالمعروف كل ما أوجب الشارع الإسلامي فعله، والمنكر كل ما يخالف أحكام الشريعة[4] وبذلك شرعت الحسبة لتطبيق دين الله وشرعه، ولحماية المكارم ومقاومة الشر وزجره، لقوله تعالى ﴿فلما نسوا ماذكروا به أنجينا الذين ينهون عن السوء، وأخذنا الذين ظلموا بعذاب بئس بما كانوا يفسقون﴾ [5].

(١) الولاة والقضاة، للكندي، مصدر سابق، ج٤ ص٣٩١ .

(٢) بالرغم من أن الخلفاء سابقاً قد عملوا بنظام الحسبة وأخذوا به إلا أنه ظهر بشكل واضح ومستقل في زمن الخليفة المهدي، وظهرت معه وظيفة والي الحسبة في الإسلام "أنظر د. إسحق الحسيني "نظام الحسبة" المنثور في المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر. ص ٣٣١ .

(٣) الماردي، الأحكام السلطانية، مصدر سابق، ص ٢٣١ .

(٤) الغزالي احياء علوم الدين، مصدر سابق، المجلد الثاني. ص ٢٥٧ .

(٥) سورة الأعراف الآية ١٦٥ .

وأمام إنشغال الخلفاء بأمور الدولة الإسلامية، وإتساع الفتوحات والولايات الإسلامية وكثرة الوظائف والواجبات الملقاة على عاتق الخلفاء فكان لابد من تنظيم القضاء وإيجاد من يقوم به نيابةً عنهم، وهذا هو القاضي الذي يعينه الخليفة بنفسه أو بواسطة من أجاز له ذلك[1].

فقد نظم قضاء المظالم إلى جانب القضاء العادي في الدولة الأموية، فتوسعت دائرة القضاء وأنشئ ما يسمى بدار المظالم في زمن الخليفة عبد الملك بن مروان، وقد ندب عمر بن عبد العزيز نفسه للنظر في المظالم[2] ونظمت في عهده السجلات القضائية، والسلطة القضائية وهذا ما سنشرحه لاحقاً عند الحديث عن قضاء المظالم.

وفي العصر العباسي تطور القضاء واتسع إختصاصه وإزدادت سلطته، فقد أضيف إلى مهمة الفصل بين الخصوم أعمال أخرى كالنظر في الحقوق العامة للمسلمين وما يتعلق بالمحجور عليهم والأوقاف والوصايا واليتامى والنظر في مصالح الطرقات والأبنية... الخ[3] واستحدث منصب قاضي القضاة في تعيين

---

(١) المغنى لإبن قدامة، مصدر سابق ج١١، ص٨٧٣. مقدمة إبن خلدون، مصدر سابق ص١٩٠، ٢٢٠، ٢٢١ د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوة بين الشريعة وقانون المرفقات، رسالة دكتوراه جامعة الأزهر ص ١٤.

(٢) الكندي أبو عمر محمد بن يوسف، طبعة بيروت ١٩٠٨، الولاة والقضاة ج١ ص ٣١١.

(٣) مقدمة إبن خلدون، ج٢ ص٧٤٠ -٣٤١.

تحوله إلى الاجتهاد، وعليه أيضاً أن يبحث في القياس والمصلحة وغيرها[1] من المصادر التبعية لإيجاد الحكم المناسب والصحيح للمنازعة. وأن يقوم بإستخلاص القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عندما يعوزه النص من كتاب الله أو السنة أو الإجماع وذلك عن طريق الاجتهاد ضمن إطار مقاصد الشرع.

وهذا ما ندعوا إليه في القضاء الإداري كما سنوضحه لاحقاً. فعلى القاضي أن يبحث ويستقصي قدر المستطاع لإيجاد الأحكام ضمن المفهوم الواسع للشريعة الإسلامية (القانون الإسلامي) الذي يحكم به القاضي الجزائي والمدني والإداري بإعتبار هذا القانون هو الشريعة الإسلامية[2]. وأن يبذل جهده في إقامة العدل (إذا حكم القاضي فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر)[3]، وهذا دليل على ضرورة البحث عن الحكم وصولاً إلى قضاء عادل في المجتمع الإسلامي لأن القضاء كما سبق وأن أوضحنا فرض على الكفاية في المجتمع الإسلامي وإنه واجب، ومن الخلافة الشرعية[4].

---

(١) آداب القاضي للماوردي ج ١ ص ١٨٤، وأيضاً ص ٦٣٦ - ٦٤١.

(٢) د. سعيد الحكيم، مصدر سابق، ص٩٩ -١١٨.

(٣) حديث للرسول -ﷺ- متفق عليه، اللؤلؤ والمرجان، ج ٢، ج٢، ص ١٩٥.

(٤) المغنى لابن قدامة طبعة المنار أولى ج١١ ص٣٧٣. مقدمة إبن خلدون ص١٩٠.

سلطة القضاء تابعة له مباشرة، وتشدد في اختيار القضاة، فصار يسأل عنهم وعن أعمالهم، وعمل على إعطاء القضاء خصوصية متميزة عن السلطة التنفيذية[1].

وكان عثمان بن عفان - رضي الله عنه - يجلس في المسجد ويستشير أصحابه في الخصومات[2]. وفي خلافة علي - رضي الله عنه - زادت العناية والاهتمام بشأن القضاء والقضاة، وقد أكثر من تعيينهم لكثرة الحوادث والمنازعات.

وبذلك كان القضاة يحكمون في عهد الصحابة بموجب حكم الشرع ألا وهو القانون الإسلامي المتمثل بالشريعة الإسلامية، الذي يستمد منها القاضي أحكامه في جميع الدعاوى التي ينتظرها بدون استثناء سواء كانت جزائية أو مدنية أو إدارية. وإذ لم يجد القاضي الحكم المناسب للخصومه التي ينظرها ولا في الإجماع عليه أن يقضي باجتهاده[3]، وأن يبذل قصارى جهده في الوصول إلى الحكم الصحيح عند

(١) لتفصيل أكثر أنظر الأمثلة المشار إليها في مؤلف د. محمد مصطفى الزحيلي، تنظيم القضائي في الإسلام، دمشق ١٩٨٢، ص٢٥.

(٢) فكان الخليفة عثمان بن عفان - رضي الله عنه - يستشير أصحابه الإمام علي وطلحة والزبير وعبد الرحمن .. أنظر أخبار القضاة، وكيع بن محمد بن خلف، ويقع في ثلاث أجزاء، مطبعة الإستقامة، القاهرة ج١ ص١١.

(٣) أنظر حديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - مع معاذ بن جبل عندما أرسله إلى اليمن يقتضي هناك؛ فقال له: بما بحكم إن عرض لك القضاء؟ قال: بكتاب الله فقال: فإن لم تجد قال: بسنة رسول الله، قال فإن لم تجد قال أجتهد رأيي ولا آلو فقال: المد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى الله ورسوله. الفكر السامي، مصدر سابق ج١ ص٣٢١.

أصحابه بالقضاء بين الناس سواء بعموم القضاء، أو بخصومة معينة ولأفراد معينين[1] وخولهم جميع السلطات لحفظ الأمن والنظام وإقامة العدل وتبليغ الإسلام وتولي شؤون القضاء.

فكان القضاء آنذاك كما قال إبن القيم بأنه "فرض محكم وواجب على الأمة وسنه متبعة . . . "[2]، يتحتم على إمام المسلمين إقامته بالعدل، وبالمقابل يجب على الأفراد إنجاحه لتحقيق مقتضيات الأمة التي هي غاية التشريع الإسلامي. وفعلاً قضى خلفاؤه من بعده بكتاب الله والسنة النبوية. فقد سار أبو بكر -رضي الله عنه- على ما كان يقضي به الرسول - ﷺ- وتولى القضاء بنفسه، وإن لم يظهر في عهده منصب القاضي المتخصص[3]. وخطى القضاء خطوة كبيرة في عهد عمر - رضي الله عنه - فعين القضاة والمتخصصين في الولايات الإسلامية[4]، وذلك على أثر توسع الدولة الإسلامية وكثرة مهام الولاة، مما أدى إلى تعيين قضاة متخصصين، فكان يراقب القضاة ولم يغفل عنهم، ويبعث إلى القضاة الكتب واللوائح والتعليمات[5]. وجعل

---

(١) أنظر حديث الرسول - ﷺ- مع معاذ عندما أرسله إلى اليمن ليقضي هناك، الفكر السامي في الفقه الإسلامي، ج ١، ص ١٢٣.

(٢) إعلام الموقعين، محمد إبن أبي بكر المعروف بإبن قيم الجوزية، ١٩٦٩، مصدر سابق ج١ ص٨٦.

(٣) إعلام الموقعين، مصدر سابق ص ٨٢، ٨٤.

(٤) إعلام الموقعين مصدر سابق ج١ ص ٨٤.

(٥) إعلام الموقعين مصدر سابق ج١ ص ٦٢، ٨٣.

أقـضـيـة في النكاح(١)، والنفـقـة(٢)، والحظانه(٣) والجنايات(٤)، والحـدود(٥)، والمواريث(٦) والقصاص والتهم الخ . . من الأقضية(٧) فكان التشريع يصدر عنه(٨) ثم يشرف على تنفبذه، فيضع الحدود بين الناس في علاقاتهم ضمن قواعد الشريعة الإسلامية.

وعلى أثر انتشار الدعوة الإسلامية واتساع الدولة، وكثرة الفتوحات الإسلامية، وإزدياد وظائف وواجبات الدولة، فقد أذن الرسول - ﷺ- لبعض

(١) انظر سبل السلام ج ٣، ص ١٢٢-١٢٣ أقضية الرسول لابن فرج المالكي صفحة ٥٣ - ٥٥ المشار إليها في مؤلف د. شوكت عليان، مصدر سابق ص ٥١، ٣٢٠ وما بعدها.

(٢) انظر صحيح مسلم ج ١. ص٩٤، ج ١٢ ص ٧، أقضية الرسول لابن فرج المالكي ص٥٧ المشار اليها د. شوكت عليان مصدر سابق ص٥١.

(٣) أنظر سبل السلام مصدر سابق مشار اليه ج٣، ص٢٢٧.

(٤) انظر صحيح مسلم ج ١١، ص ١٥٨.

(٥) أنظر سبل السلام ج ٤، ص ١٢١ - د. شوكت عليان مصدر سابق ص ٥٣.

(٦) أنظر سبل السلام ج ٤، ص ١٢١ - د. شوكت عليان مصدر سابق ص ٥٥.

(٧) أنظر الأقضية الأخرى التي بها الرسول -ﷺ- المشار إليها في مؤلف د. شوكت عليان مصدر سابق ص ٥٢- ٦٣.

(٨) إن أساس التشريع في الإسلام هو الوحي الإلهي والمشرع هو النبي - ﷺ-بإعتباره المبلغ عن الله تعالى، أنظر الآيات ٤٩، ٤٧، من سورة المائدة، والوحي الإلهي نوعان: الأول ما كان لفظه ومعناه من عند الله وهو القرآن، والثاني وهو ما كان معناه من عند الله ولفظه من الرسول - ﷺ- وهو السنة النبوية.

وكل ما عـدا ذلك باطل وظلم لا يحل الحكم به وينسخ أبدا إذا حكم به حـاكـم "[1] .
وعليه فقد أمر الإسلام كل حاكم بأن لا يخرج عما جاء في الكتاب والسنة " وإن أحكم بينهم بما أنزل الله . . . "[2] وفعلاً حكم الرسول -ﷺ- بنفسه وقضى وفصل في الخصومات ليحافظ على الحق والعدل ويحمي الأفراد من الظلم ورده عنهم باعتباره المرجع الأول لرد الحقوق إلى أصحابها .

وكان قوله -ﷺ- قضاء من جهة، وتشريعاً من جهة ثانية، ومبادئ عامة وقواعد حقوقية من جهة ثالثة[3] . فقد قام -ﷺ- بالحكم والقضاء والإفتاء وما تتطلبه شؤون الإمامة والولاية لنفسه، واستعان بأعوانه بهدف إقامة العدل بين الناس، فكانت ولاية القضاء من ضمن ما تولاه من سلطات عامة، وهو أول من تولى القضاء في الإسلام بنفسه تارة وينيب عنه بعض أصحابه تارة أخرى . فكان صورة رائعة حية في تثبيت أسس العدالة ونظام القضاء . وقد شمل ما قضى به عدة

(١) الفقيه ابن حزم الأندلسي، المحلى لابن حزم ح٩ صفحة ٢٦٣ .

(٢) سورة المائدة آية٤٩ . وأنظر أيضاً الآيات القرآنية سورة النساء آية ١٠ ، ٣٦ ، سورة الحديد آية ٢٥، سورة النساء آية ٦٥، سورة آية ٤٨ .

(٣) للتفصيل أنظر د. محمد مصطفى الزحيلي "التنظيم القضائي في الإسلام" دار الفكر، دمشق ١٩٨٢، صفحة ٣٨-٤٤ .

اللازمة لمقوماته والشروط والإجراءات المطلوبة للأخذ به كما وضعت القواعد والمبادئ التي تنظمه، وخصصت لهذا الغرض جهات قضائية تمارسه من خلال محاكمها الخاصة ونظامها المستقل والمتمثل في ثلاث جهات قضائية هي:

١- قضاء الخصومات

٢- قضاء الحسبة

٣- قضاء المظالم (القضاء الإداري)

أولا: قضاء الخصومات (القضاء العادي)

أكدت الآيات القرآنية على ضرورة الحكم بما أنزل الله في إقامة العدالة وتثبيتها في المجتمع الإسلامي، وأن تنفيذ أحكامها من طاعة الله لقوله تعالى ﴿وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين﴾ [١] وقوله تعالى ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾[٢] وقوله جل شأنه ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾ [٣] وقوله سبحانه وتعالى﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون ﴾[٤]. وعليه فإن القاضي مُلزم بأمر الله وأن يحكم بين الناس بكتاب الله " فلا يحل الحكم إلا بما أنزل الله تعالى على لسان رسوله - ﷺ -وهو الحق،

(١) سورة المائدة آية ٤٣ .

(٢) سورة المائدة آية ٤٤

(٣) سورة المائدة آية ٤٥

(٤) سورة المائدة آية ٤٧

مستحقة[1]، " والقضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الإيمان بالله تعالى "[2] وهو بوجه عام في الإسلام فرض كفاية[3] وهو من أحد الوظائف التي تتدرج تحت الخلافة والتي هي أصل جامع لجميع الوظائف الدينية والدنيوية، ويشكل القضاء أحد تلك الوظائف التي تتفرع عن الخلافة وتندرج تحتها[4].

لقد أخذ الإسلام بالقضاء وعمل به كجزء من الدوله الإسلامية وأنه فريضة محكمة وسنة متبعة[5]، وان القيام به من فروض الكفايات، وأنه واجب كالجهاد والأمانة[6]. وعليه فالقضاء يمثل ركن من أركان المجتمع الإسلامي وجزء من الدولة الإسلامية[7]. وبذلك فإن القضاء يحتل مركزاً مهماً في الدولة الإسلامية، ويشكل جانباً رئيسياً في أعمال الدولة وأساساً قوياً في حياتها. لهذا فقد شرعت الأحكام

---

(١) محمود محمد عرنوس "تاريخ القضاء" المطبعة المصرية الحديثة بالقاهرة صفحة ٨ .

(٢) د. سعيد الحكيم "الرقابة في أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية" الطبعة الثانية، دار الفكر العربي ١٩٨٧ صفحة ٤٨١ .

(٣) أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، التنبيه، طبعة الحلبي ١٩٥١، صفحة ١٥٢ .

(٤) د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوة بين الشريعة وقانون المرافعات، رسالة دكتوراه على آلة الطابعة. مقدمة من جامعة الأزهر صفحة ١٤ د. شوكت عليان السلطة القضائية في الإسلام، دار الرشد للفكر والتوزيع الرياض، الطبعة ١٩٨٢ .

(٥) محمود محمد عرنوس، تاريخ القضاء، مصدر سابق صفحة ٨ .

(٦) المغني لإبن قدامة طبعة المنار ج١١ صفحة ٣٧٣

(٧) مقدمة إبن خلدون مصدر سابق صفحة ١٩٠، أيضاً محمود محمد عرنوس "تاريخ القضاء في الإسلام" المطبعة الحديثة القاهرة صفحة ٦٨ .

وإنما يراد به الحكم بمعناه الخاص، وهو الفصل في الخصومات أو المنازعات التي تقع في دائرة اختصاص القاضي[1].

وبقدر تعلق الأمر بقضاء المظالم الذي هو محور دراستنا لا بد من تعريف الظلم بعد أن عرفنا القضاء لغة وفقهاً، فالظلم لغة: وضع الشيء في غير موضعه، وفي الشريعة: عبارة عن التعدي من الحق إلى الباطل قصداً وهو الجور، وقيل هو التصرف في ملك الغير ومجازات الحد...[2]. عموماً فالظلم من المسائل التي حرمها الحق تبارك وتعالى على عباده ونهاهم عنه لما فيها من مفاسد وشرور تضر بالمجتمع الإنساني[3]. فقد ذم الله سبحانه وتعالى الظلم وكرر الوعيد فيه وبين صفات الظالمين[4]، بأنهم لن يلتزموا بأوامر الشرع ونواهيه، ولم يحكموا بما أنزل الله جل شأنه ولما كان الناس مختلفين بطبعهم، وأن النزاع والخصومة من لوازم طبعهم، فبالقضاء يستقيم أمر الناس وينصر المظلوم ويرد الظالم عن ظلمه، ويعود الحق إلى

---

(١) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام إبن تيمية، طبعة السعودية طبعة ١٨ صفحة ١٧٠، وأنظر كذلك شوكت عليان مصدر سابق صفحة ٣٣.

(٢) راجع المصادر والآراء المطروحة لدى د. سعيد الحكيم، الرقابة على الإدارة في المشاريع الإسلامية، دار الفكر العربي ١٩٨٧ الطبعة الثانية صفحة ٤٧٦.

(٣) مقدمة إبن خلدون، طبعة كتاب التمرير، صفحة ٢٤٤ - ٢٤٥.

(٤) لقوله تعالى ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ سورة المائدة آية ٤٤، أنظر آية ٤٧ لقوله تعالة ﴿ إن الذين كفروا وظلموا لم يكن الله ليغفر لهم ﴾، سورة النساء آية ١٦٨، أنظر سورة الكهف آية ٧٨، وسورة الطلاق الآية الأولى.

تعريف عموم القضاء:

القضاء لغة: هو الحكم [1]، وفقهاً هو الفصل بين الناس في خصوماتهم ومنازعاتهم حسماً للتداعي وقطعاً للنزاع بالأحكام الشرعية الملتقاة من الكتاب والسنة[2]، أو كما عرفه الإمام أبو حنيفة بأنه "الفصل في الخصومات والمنازعات على وجه مخصوص"[3]. وبالرغم من اختلاف عبارات وتعاريف الفقهاء في بيان معنى القضاء[4] فإن ما يفهم من خلالها أن القضاء يأتي بمعنى الحكم، وهو مفهوم أوسع دائرة وأشمل مدلولاً من القضاء. فالحكم أعم من حيث يشمله ويشمل غيره، لأن الحكم يتمثل في كل ما يصدر عن الحاكم لتحقيق العدالة في محيط الأمة والجماعة[5]. وبقدر تعلق الأمر في خصومة معينة لابد من الحكم فيها من القاضي والفصل فيها، وإن الحكم الصادر من القاضي لا يراد أو يقصد منه الحكم بمعناه العام

(١) ويأتي القضاء بمعنى الحكم لقوله تعالى ﴿وقضى ربك الا تعبدوا إلا إياه﴾ وقوله تعالى ﴿والله يقضي بالحق﴾ ويأتي بمعنى البيان لقوله تعالى ﴿ وقضينا إليه ذلك الأمر﴾ "فإن للقضاء في اللغة معاني كثيرة وتدور جميعها حول الإلتزام . . . . . أنظر روح المعاني في تفسير القرآن العظيم ، لأبي الفضل شهاب الألوسي ج ١٥ ، صفحة ، ١٥- ٥٠ ، ج ٢٤صفحة ٥٤، ١٩٨٢ .

(٢) انظر حاشية رد المختار على الدار المختار ، محمد أمين الشهير بإبن عابدين ، الطبعة الثانية ١٩٦٦ مطبعة الحلبي ، الجزء الخامس ، صفحة ٣٥٢ .

(٣) حاشية رد المختار ، لإبن عابدين ، ج ٥ صفحة ٣٥٢ .

(٤) انظر المذاهب الفقهية والمصطلحات المطروحة في تعريف القضاء المشار إليها في مؤلف شوكت عليان، مصدر سابق، صفحة ٢٩-٣١ .

(٥) د. شوكت عليان ، مصدر سابق مقطع صفحة (٣٢-٣٣) .

للاستفادة منها في الرد على من يقول بأن القضاء الإداري الإسلامي في عزلة عن التطور الإداري المعاصر، بل العكس إن ما جاء به من خصوصية متميزة، تؤكد على أنه قضاء ينسجم ومتطلبات الإدارة وحاجاتها المتطورة بالمفهوم المعاصر.

لذلك لا نريد أن يفهم من بحثنا بأنه بحث مقارنة مع القضاء الإداري الغربي المعاصر، لأنه ليس محل مقارنة لما يتمتع به القضاء في الإسلام من مكانة جليلة وسمو باعتباره نبراساً لتحقيق العدل والمساواة، وإنما هو بحث مقابلة مما يستوجب علينا إثبات ذلك من خلال تقديم أفضل ما لدينا وليس فضلة ما عندنا.

نأمل أن لا يعترض الباحث والمتخصص بغلق باب الكتابة والاجتهاد، لأن الاجتهاد جزءاً من الشريعة الإسلامية نفسه، وهو باب منحه الله تعالى فلا يغلقه إنسان. وقد قسمت موضوع البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث، في المقدمة تطرقت إلى عموم القضاء وأنواعه وفي المبحث الأول تطرقنا لمبدأ الشرعية وفي الثاني تناولنا استقلالية القضاء الإداري الإسلامي وظيفياً وعضوياً وفي المبحث الثالث أبرزنا خصوصية القضاء الإداري الإسلامي.

ونسأل الله التوفيق؛؛

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين وبه نستعين وهو خير معين والصلاة والسلام على رسوله الكريم وعلى آله وصحبه أجمعين. . . وبعد: -

إن موضوع القضاء الإداري الإسلامي "قضاء المظالم" مترامي الأطراف وعلى درجة كبيرة من السعة والأهمية، لما يتمتع به هذا القضاء من مكانة وعلو في الإسلام، ولكونه قضاء أثبت عدالته ونجاحه في العهود السابقة، ولا يزال فيه الكثير من القواعد والمبادئ يجهلها الحكام والمحكومين وحتى المتخصصين في الوقت المعاصر مما تستوجب الكتابة عنها والتعرف عليها، وما المانع من الأخذ بها مادام القضاء في كل زمان ومكان. القضاء العادي الإسلامي الذي ينظم الحقوق الخاصة معمولاً به في الكثير من البلدان العربية الإسلامية وقد أثبت نجاحه لماذا لا نأخذ بالقضاء الإداري الإسلامي وتطبيقه في الحقوق العامة؟ وخاصة في تجاوزات الإدارة وتعديلاتها !

فكان علينا أن نبحث في ثنايا الشريعة والتاريخ والقانون والقضاء عن مكانة وأهمية هذا القضاء، وهي جهود بذلت لإثبات خصوصية القضاء الإداري الإسلامي، وسادت عليها روح البحث عن الحقيقة وراء الشريعة لا أمامها، فكانت الجهود متجهة للكشف عن استقلاليته وخصوصيته المنفردة وذلك من خلال الأمانة في التحليل والاستنباط من الواقع ومن خلال الأقضية والحوادث التاريخية

ملخص البحث

البحث عبارة عن مقدمه تم التعريف فيها عن عموم القضاء، ثم تناولنا في المبحث الأول مبدأ الشرعية في القضاء الإداري الإسلامي، وتحدثنا في المبحث الثاني عن استقلالية القضاء الإداري الإسلامي، ثم في المبحث الثالث عن القضاء الإداري الإسلامي باعتباره قضاء متخصص.



خصوصية القضاء الإداري الإسلامي

«قضاء المظالم»

إعداد

د . اعاد حمود القيسي *

* أستاذ القانون العام المشارك بجامعتي بغداد وجرش سابقاً-معهد التنمية الإدارية- أبوظبي



5. Keynes, J. M., The General Theory of Employment, Interest and Money, London: Macmillan and Co. LTD, 1960.

6. Leftwich, R. H., The Price System and Resource Allocation, 6th ed., U.S.A: The Dryden Press, 1976.

7. Menger, C., Principles of Economics, James Dingwall and Bert F. Hoseltiz (trans.), New York: The Free Press, 1950.

8. Mill, J. S., Principles of Political Economy, London: Longman, Green and Co., 1920.

9. Oser, Jacob & Blanchfield, William C., The Evolution of Economic Thought, 3rd ed., U.S.A: Harourt Brace Jovanovich, Inc., 1975.

10. Ricardo, D., The Works and Correspondence of David Ricardo, Peiro Sraffa (ed.), G.B: Cambridge University Press, 1970.

11. Robinson, Joan, An Essay on Marxian Economics, 2nd ed., London: The Macmillan Press LTD., 1976.

12. Smith, A., The Wealth of Nations, B. Mazlish (ed.), U.S.A: The Bobbs-Merrillco, Inc., 1961.

13. Tisdell, C. A., The Theory of Economic Allocation, Sydney: John Wiley and Sons, Australasia Pty, 1972.

الثالثة، القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، ١٩٧٠ .

٤١- المباركفوري، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٠هـ.

٤٢- مرسي، فؤاد، " الرأسمالية تجدد نفسها " ، الكويت: عالم المعرفة، العدد ٢٤٧، ١٩٩٠ .

٤٣- المودودي، أبو الأعلى، مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ترجمة عاصم الحداد، دمشق: مكتبة الشباب المسلم، بدون تاريخ .

٤٤- النبهان، محمد فاروق، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الاسلامي، الطبعة الأولى، بيروت: دار الفكر، ١٩٧٠ .

٤٥- الهندي، علاء الدين المتقي، كنز العمال، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٩٣ .

ب. الأجنبية:

1. Ekelund, Jr. Robert B. & Hebert, Robert F., A History of Economic Theory and Method, 2nd ed., Tokyo: McGraw-Hill Inc., 1983.
2. Galbraith, J. K., American Capitalism: The Concept of Countervailing Power, Boston: Houghton Inifflin, 1952.
3. Galbraith, J. K., The Affluent Society, G.B: Penguin Book in Association with Hamish Hamilton, 1962.
4. Johnson, Harry G., The Theory of Income Distribution, 1st ed., London: Gray-Mills Publishing LTD, 1973.

٣٢- غارودي، روجيه، البديل، ترجمة جورج طرابيشي، الطبعة الأولى، بيروت: دار الآداب، ١٩٧٢.

٣٣- غارودي، روجيه، جدل العصر، ترجمة صياح الجهيم، الطبعة الأولى، بيروت: دار عطية، ١٩٩٦.

٣٤- الغزالي، الإمام أبو حامد، إحياء علوم الدين، الطبعة الأولى، بيروت: دار الفكر، ١٩٧٥.

٣٥- غورباتشوف، م.، عملية إعادة البناء والتفكير السياسي الجديد لنا وللعالم أجمع، ترجمة وليد مصطفى وآخرون، الطبعة الأولى، عمان: دار الكرمل، ١٩٨٨.

٣٦- القرضاوي، يوسف، فقه الزكاة، الطبعة الثانية والعشرون، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٩٤.

٣٧- قطب، سيد، العدالة الاجتماعية في الإسلام، الطبعة الرابعة، دار إحياء الكتب العربية، ١٩٥٤.

٣٨- كارتر، تشارلز، في الثروة ومعناها، تعريب عزت غوراني، الطبعة الأولى، بيروت: دار الآفاق الجديدة، ١٩٧٤.

٣٩- ماركس، كارل، و أنجلز، فردريك، البيان الشيوعي، الطبعة الرابعة، دمشق: دار دمشق، ١٩٧٢.

٤٠- ماركس، كارل، رأس المال، ترجمة راشد البراوي، الطبعة

٢٣- دجيلاس، ميلوفان، الطبقة الجديدة، بيروت: دار الكاتب العربي، بدون تاريخ نشر.

٢٤- ديورانت، ول، قصة الحضارة، م٢، ترجمة محمد بدران، الطبعة الثالثة، القاهرة: مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٦٨.

٢٥- السايس، محمد علي، " ملكية الأرض ومنافعها في الإسلام"، المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر، ١٩٦٤.

٢٦- السعيد، صادق مهدي، العمل وأحكامه في الإسلام، بغداد: مكتب العمل العربي، ١٩٨٣.

٢٧- الشاطبي، أبو اسحق إبراهيم بن موسى، الموافقات...، تونس: المطبعة التونسية، ١٣٠٢هـ/ بيروت: دار المعرفة، ١٩٧٥.

٢٨- الشافعي، أبو عبدالله محمد بن إدريس، الأم، الطبعة الثانية، بيروت: دار المعرفة، ١٩٧٣.

٢٩- الشربيني، الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٥٨.

٣٠- شومبيتر، جوزيف، عشرة اقتصاديين عظام، ترجمة راشد البراوي، الطبعة الأولى: دار النهضة العربية، ١٩٦٨.

٣١- العبادي، عبدالسلام داود، الملكية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، عمان: مطابع وزارة الأوقاف، ١٩٧٤.

١٤- ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، الطبعة الثالثة، بغداد: مكتبة الشرق الجديد، ١٩٨٦ .

١٥- ابن حجر، العسقلاني، فتح الباري: شرح صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، ١٩٨٩ .

١٦- ابن حزم، أبو محمد علي الظاهري، المحلى، بيروت: المكتب التجاري، بدون تاريخ .

١٧- ابن قدامة، الإمام موفق الدين، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الأولى، بيروت: دار الفكر، ١٩٨٥ .

١٨- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي عسكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، بيروت: دار الجيل، ١٩٧٣ .

١٩- باران، بول أ. (و) سويزي، بول م.، رأس المال الاحتكاري، ترجمة حسين فهمي مصطفى، القاهرة: الهيئة المصرية، ١٩٧١م.

٢٠- البيهقي، أبو بكر احمد بن الحسن، السنن الكبرى، بيروت: دار الفكر، حيدر آباد، دار المعارف، ١٣٤٤ هـ.

٢١- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، سنن الترمذي، ١١١ . الطبعة الأولى، حمص: مطبعة الأندلس، ١٩٦٦ .

٢٢- جميل، هاشم، مسائل من الفقه المقارن، الطبعة الأولى، بغداد: دار الحكمة، ١٩٨٩ .

الضامن، موسكو : دار التقدم، بدون تاريخ .

٧- أفلاطون، جمهورية أفلاطون، ترجمة حنا خباز، الطبعة الثانية، بيروت : دار القلم، ١٩٨٠ .

٨- الإمام البخاري، صحيح البخاري، القاهرة : مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٧هـ/ تحقيق مصطفى البغا، الطبعة الثالثة، بيروت، دمشق : دار ابن كثير، اليمامة، ١٤٠٧هـ .

٩- الإمام مالك، موطأ الإمام مالك برواية محمد بن الحسن، تعليق عبدالوهاب عبداللطيف، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٨٧ .

١٠- الإمام مسلم، الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، الطبعة الثانية، بيروت : دار الفكر، ١٣٩٨/ الطبعة الأولى، القاهرة : دار الحديث، ١٤١٢هـ/ القاهرة : محمد علي صبيح، ١٩٦٠م .

١١- الأمين، حسين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، الطبعة الثانية، جدة : البنك الاسلامي للتنمية، ١٩٩٣ .

١٢- ابن المبارك، التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح، بيروت : دار الفكر، بدون تاريخ .

١٣- ابن تيمية، تقي الدين أحمد، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق محمد حامد الفقي، بغداد : مكتبة الشرق الجديد، ١٩٨٩ .

المراجع

أ. العربية:

القرآن الكريم.

١- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد، لبنان: المكتبة العصرية، القاهرة: مطبعة البابي الحلبي، ١٩٥٢

٢- أبو عبيد، القاسم بن سلام، الأموال، تحقيق محمد خليل هراس، ٢١. الطبعة الأولى، القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ١٩٧٨ وطبعة دار الكتب العلمية الأولى، ١٩٨٦.

٣- أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم، الخراج، الطبعة الثانية، القاهرة المطبعة السلفية، ١٣٥٢ هـ.

٤- الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، تحقيق حمزة أحمد الزين، الطبعة الأولى، القاهرة: دار الحديث، ١٤١٦هـ.

٥- آرون، ريمون، صراع الطبقات، ترجمة عبدالحميد الكاتب، الطبعة الثانية، بيروت: منشورات عويدات، ١٩٨٣.

٦- افسينيف وآخرون، الاقتصاد السياسي للاشتراكية، ترجمة خيري

(الهوامش) يقوم على شرط حضاري ومؤسسي يتحرى مصالح (المركز) المعبر عنها بآليات مختلفة، وقد جسدت قسمة العمل الدولية هذه الحقيقة بوضوح .

لقد حظي التوزيع باهتمام كبير في الإسلام سواء في أسسه الحقوقية أو المؤسسات التي يعتمدها لإنفاذ قضائها التوزيعي، وقد كيّفت هذه المؤسسات لتصبح مؤسسات لإدارة الثروة بكفاءة مثلما هي مؤسسات لتوزيعها بعدالة، فالشريعة حين أثبتت الحقوق فإنها أثبتتها مداراة للصالح العام من خلال المقايضة بين مزية الحق الفردي وتكليف الوظيفة الاجتماعية، وكل ذلك في إطار منظومة أحكام موضوعية وقيم أخلاقية مستوعبة لكافة جوانب الفعالية الاقتصادية وفي ظل فلسفة الإسلام المعرفية والسلوكية .

والحمد لله رب العالمين.

وهكذا يتحقق الشرط الضروري والشرط الكافي للكفاءة الاقتصادية وهو ما أفلح الإسلام في إحرازه وعجزت عنه النظم الوضعية، فاقتصاد السوق يعاني من البطالة والركود كما يعاني من انحراف الإنتاج وتهميش الحاجات الحقيقية للجمهور. ولعل في تكاليف الدعاية التي تجاوزت منذ ستينات هذا القرن أكثر من ثلث تكاليف الإنتاج في بلد مثل الولايات المتحدة الأمريكية ما يدل على ذلك، وهو ما أكدته أطاريح (جالبريث) و(سويزي) بوضوح.

أما الاقتصاد المخطط فهو الآخر لم يفلح في تحقيق الكفاءة الإنتاجية لا على الصعيد المشروع ولا على صعيد الاقتصاد ككل فلقد ظلت وحدة الناتج في الاقتصاد الاشتراكي تنطوي على مزيد من الهدر في الموارد كما شخّص (غورباتشوف) وغيره من الكتاب والساسة. وعلى صعيد الاقتصاد ككل ظلت الاقتصادات الاشتراكية تعاني من البطالة المقنعة أو الاستخدام اللاكفوء للعمل. أما حرية المستهلك وسيادة المستهلك فقد تبخرت في أنظمة الاختيار الإداري. وقد تركت آليات التوزيع الاشتراكية والأسس الحقوقية المعتمدة آثارها السلبية في الكفاءة على نحو سافر كما جاء في أطروحة إعادة البناء لـ (غورباتشوف).

لقد أثبت البحث والتجربة أن النظم الاقتصادية الوضعية والكفاءة الاقتصادية على طرفي نقيض لأسباب أهمها عدم اعتمادها أسساً ومؤسسات كفيلة بإحراز العدالة التوزيعية ليس محلياً فحسب بل وعالمياً أيضاً ذلك أن الأداء الاقتصادي في

الخاتمة:

مما تقدم يلاحظ أن الكفاءة الإنتاجية رهينة بإقامة أحكام التوزيع الإسلامية، فهي التي تعبئ الموارد وتحرز طلباً فعالاً كافياً لاستخدامها دون بطالة.

وقد لاحظنا أحكام التوزيع الإسلامية تكفل ذلك لأنها تمنع عناصر التسرب والتخلف لوسائل الشراء في دورة الدخل فلا تجيز الاكتناز ولا الربا كما أنها تمنع تركز الثروة والدخول وبالتالي تؤمّن آليات لنقل الدخول ووسائل الشراء إلى الأفراد ذوي الميول الاستهلاكية الحدية العالية. وهي تختزل الأسعار والتكاليف بإلغاء الريع والربا وبالتالي تؤمّن طلباً فعالاً على منتجات الاقتصاد في الداخل والخارج بسبب ميزة انخفاض التكاليف مما يعزز دور الصادرات كعنصر من عناصر الحقن. وكل ما تقدم يرفع مستوى الاستخدام بما ينجم عنه تحقيق الكفاءة الإنتاجية أو الفنية.

أما الكفاءة التخصصية فليست بأقل حظاً من الكفاءة الإنتاجية إذ أن توزيع الموارد وتوسيع قاعدة الملكية وإعادة التوزيع التي تشرك كل أفراد المجتمع في الاقتراع على استخدامات الموارد من خلال تجهيزهم بوسائل الشراء التي تدعم تفضيلاتهم، كل ذلك يؤمن مطابقة الطلب للحاجات الفعلية ويوجه تخصيص الموارد بما يحقق إشباعاً متسقاً للحاجات بحسب إلحاحها. وهذا يعني أن أحكام التوزيع وإعادة التوزيع تسهم في توحيد دوال الرفاهية الاجتماعية ومن ثم في تطابق الإنتاج المتحقق للتفضيل الاجتماعي.

أما الاشتراكية فقد أعلنت حينها عن اعتماد العمل أساساً حقوقياً في المرحلة الأولى التي يشرك فيها الإنتاج "لكل حسب عمله . . . " لكنها بشرت بأساس حقوقي آخر يتزامن مع الطور الثاني للاشتراكية حيث يشرك الاستهلاك وحينئذ يكون التوزيع "لكل حسب حاجته . . . "[1].

وهنا ينبغي أن ننتبه إلى أن مفهوم الحاجة له مضمون في الفكر الاشتراكي غير المضمون الذي يعرفه ويقره الاقتصاد الإسلامي، وبحسبهم يتوقت اعتماد الحاجة مع الطور الثاني حيث يكون الإنتاج كما ظنوا من الوفرة بحيث يستطيع أن يأخذ الفرد كل ما يحتاج إليه، فالحاجة عندهم وصف مجرد لحال الإنتاج، كما أوحت به أحلام الطوبابوية التكنولوجية. أما الحاجة في الإسلام فهي وصف لحالة الاضطرار التي توجب كفالة المجتمع لكفاية الفرد إن تعذرت كفايته بحسب أسس العمل والملكية، وهكذا نلمس الفارق بين مضامين هذه الأسس وترتيبها وتشكيلها في النظم الوضعية والإسلام وبهذا يضيف الإسلام شرطاً آخر من اشراط الكفاءة الاقتصادية يعززه نظامه التوزيعي.

---

(١) افسينيف وآخرون، الاقتصاد السياسي للاشتراكية، ص ٣١٦، ٣٨٠-٣٨١.

الرأسمالية عر العمل كأساس حقوقي يخول باذله مكنة حقوقية على موضوعات عمله لكن الرأسمالية ألغت موضوعياً هذه المكنة بما خلفته من اغتراب للعامل عن منتجاته ومن خلال تهميش العمل الاقتصادي كسبب منشيء للملكية قياساً باعمال القوة والاستئثار والاحتكار، وبذلك حولت موقع العمل من سبب منشيء لحق الملكية إلى موضوع للتملك وصارت قوة العمل سلعة تنظمها آلية العرض والطب في سوق الخدمات الإنتاجية شأن أي مدخل إنتاجي آخر . وقد صادق الفكر الرأسمالي على هذا الواقع من خلال القانون الحديدي في الأجور ومن خلال نظرية الإنتاجية الحدية، واستطاع الحديون ان يقلبوا هرم القيمة فليس العمل هو الذي يحدد قيمة السلعة إنما السلعة هي التي تحدد قيمة العمل!![1] .

وساد قضاء النظرية الحدية، فكل فرد يحصل على دخل يتناسب مع مقدار ما يملكه من الموارد -بما فيها قوة العمل- ومع سعر وحدة هذه الموارد . وهكذا دمج التوزيع في نظرية عامة للسعر[2] .

وهكذا أيضاً أخلى العمل محله للملكية كأساس حقوقي متفرد في اقتصادات السوق .

---

(١) C. Menger, Principles of Economics, p. 171.

(٢) Harry G. Johnson, Theory of Income Distribution, p.3.

يسمي الزكاة حقاً: ﴿والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم﴾[1]، ﴿.... وآتوا حقه يوم حصاده...﴾[2]. والفقه الإسلامي يعلي على ذلك أحكاماً تفصيلية مكملة فللفقير الجائع مقاتلة الغني المانع لاستئداء حقه منه[3].

والدولة مدعوة قبل ذلك إلى تحصيل حق الفقير من الغني: ﴿خذ من أموالهم صدقة...﴾[4]، ولعل في أحداث الردة عن نظام الإسلام لإعادة التوزيع على عهد سيدنا الصديق رضي الله عنه ومحاربته للخارجين عن هذا النظام خير دليل على مبدئية الحاجة وعلى مسؤولية الدولة عن اعتمادها في نظامها التوزيعي.

إن اختلال ترتيب هذه الأسس أو غياب بعضها يسيء أيما إساءة إلى واقع التوزيع ومن ثم إلى النظام الاقتصادي عموماً فلا يعود قادراً على إنجاز غاياته، فغياب الملكية يئد الحافز إلى العمل والنشاط، وتقديم الحاجة وتأمين الدخول دون الانتباه إلى استنفاد الوسع ويقود إلى التقاعس أيضاً. أما إهمالها فيقود إلى الحرمان والمظالم الطبقية وتركز الثروات وكل هذا بريئ منه نظام الإسلام الاقتصادي.

إن النظم الوضعية عرفت الأسس المشار إليها، ولكن الإسلام انفرد بترتيبها وإعطائها مضامين تكفل الكفاءة والعدالة كما أنه انفرد باعتمادها جميعها، ففي

(١) المعارج، الايات ٢٤-٢٥.

(٢) الأنعام، الآية ١٤١.

(٣) ابن حزم، المحلى، ج٦، ص١٥٩.

(٤) سورة التوبة، الاية ١٠٣.

ومن استقراء الأحكام الشرعية والمعالم المذهبية للاقتصاد الإسلامي نلاحظ تعايش أسس حقوقية مرتبة حسب اعتبارات الكفاءة والعدالة، فالعمل والملكية والحاجة أسس حقوقية معتبرة شرعاً وفق جدول يرعى الاعتبارين السالفين: ان اعتماد العمل كأساس يخول باذله المشاركة بمائدة التوزيع وكأساس منشيء لحق التملك الخاص سوف يستنفر الجهود ويبعثها لأغراض الفعالية الاقتصادية.

كما أن إقرار الملكية الخاصة بشروطها الاستخلافية سوف يوسع آفاقه، وقد أثبت الواقع أن غياب التملك الخاص يجعل الإنسان أكثر أنانية من وجوده فبغيابه سوف توأد طاقات وتجهض أخرى وليس أدعى لاحباط العاملين من شعورهم بالحرمان من جني جهودهم وهذا ما تجاوزه نظام الإسلام الاقتصادي بجدارة حينما أقر الملكية بضوابطها التي تسخرها للمجتمع فهي حق له وظيفته الاجتماعية، ثم يتوقت دور الحاجة أخيراً فمن قصرت به طاقاته، ومن لم تلحقه ملكيته بمائدة التوزيع فعندئذ تدار إليه هذه المائدة مهنئاً مكفياً فالزكاة التي قال عنها عليه الصلاة والسلام «... لا حظ فيها لغني، ولا لقوي مكتسب»[1] تجب لأصحاب الحاجات: "تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم"، فإذ ثبتت حاجة الفرد لأسباب خلقية أو مؤسسية خارجة عن إرادته عند ذاك تصبح هذه الحاجة أساساً حقوقياً يؤهله لنصيبه من مائدة التوزيع وبنفس الدرجة من المبدئية التي عليها الأسس السابقة، والقرآن الكريم ما فتئ

---

(١) ابن حجر، بلوغ المرام، ص١٥٤.

١٤- تعمق الزكاة فهم المسلم لوظيفة المال في المجتمع بتوكيدها للوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، تأسيساً على نظرية الاستخلاف الإسلامية؛ فالمال مال الله والناس مستخلفون فيه ومأمورون بالإنفاق منه: ﴿وانفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه﴾[١]. وهذا الفهم يساعد المسلم على تقبل أحكام الإسلام الأخرى بصدد اكتساب المال وبصدد إدارته فيمتنع عن الاكتناز والاحتكار والربا ويلتزم بأحكام المال الإسلامية.

وبعد، فالزكاة نماء وطهرة للمال ولمالكه، ولآخذه وللمجتمع وما أبلغ القرآن إذ يقابل بين آلية الزكاة التي تعمم الاستفادة من المال وبين آلية الربا الذي يعمل على تركيزه واحتكاره، وبالتالي يضع قيداً على الطلب والنمو الاقتصادي، قال تعالى: ﴿يمحق الله الربا ويربي الصدقات﴾[٢].

الأسس الحقوقية:

إن النظم المعاصرة انحرفت عن الكفاءة لأنها لم تعتمد توليفة الأسس والاعتبارات الحقوقية التي تكفل العدالة والكفاءة معاً، فتفريط الرأسمالية، باعتبارات العدالة التوزيعية دفع إلى انحراف الطلب وقصوره ومن ثم إلى البطالة ودورات الأعمال. والاشتراكية هي الأخرى لم تفلح لا في العدل التوزيعي ولا في إحراز الكفاءة لأنها وأدت الحافز بإلغاء الملكية الخاصة.

---

(١) سورة الحديد، الآية ٧.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٧٦.

الطبقي.

١٠-تعمل الزكاة على محاربة الجهل وتعزز التعلم وشروطه، فالزكاة تصرف للمتفرغ للعلم ولا تصرف للمتفرغ للعبادة، ووسائل العلم من تمام كفاية طلابه. فهي إذاً ركيزة من ركائز الاستثمار البشري.

١١-تعمل الزكاة على محاربة ظاهرة العزوبة والعنوسة، فالفقر وتخوف الفقر شبح يجثم على صدور الشباب من الجنسين وفي الزكاة تأمين عملي ونفسي من هذا الهاجس، إذ نص الفقهاء أن الزواج من الكفاية. وقد أمر عمر بن عبدالعزيز رحمه الله حيث رفع إليه أمر الفائض من الزكاة، أمر بعتق الرقاب وتزويج الشباب، وفي ذلك تدعيم للبناء السكاني للمجتمع وحصانة أخلاقية لأفراده.

١٢-إن الزكاة تمثل ركيزة للتأمين الاجتماعي ضد الجوائح والنوازل فلا يتصدى لها آحاد الأفراد إنما تهب الهيئة الاجتماعية للمشاركة في تحمل آثارها وهذا يقلل من المخاطرة الطارئة على أجواء الاستثمار.

١٣-تعزز الزكاة وحدة المجتمع الإسلامي وتتجاوز الجغرافية السياسية لبلدانه فمن وجهة نظر شرعية، الأصل في الزكاة أنها محلية لكن الإجماع قائم على جواز نقلها إلى حيث تمس الحاجة إليها، وفي ذلك إشعار للمسلمين بوحدة أمتهم وبوحدة ذمتهم أيضاً.

كان من مراعاة إخلال بضروري[1]" . فالأصل أن تشبع الحاجات الأساسية أولاً وذلك يستلزم عدالة توزيع الدخول وقوى الشراء والزكاة تؤمن ذلك .

٧- تعمل الزكاة على تعظيم الرفاهية الاجتماعية لأنها تعظم المنفعة الكلية ، إذ أن منفعة وحدة النقد بيد الفقير أعظم من منفعتها بيد الغني (قانون تناقص المنفعة) . وبالتالي فمن حساب المقاصة بين وحدات المنفعة المفقودة (من قبل الأغنياء) والمكتسبة (من قبل الفقراء) يلاحظ أن الرفاهية الاجتماعية تكون بوضع أفضل مع الزكاة .

٨- تعمل الزكاة على تحقيق التجانس في التركيب الاجتماعي وتقلل من الفوارق الطبقية بين أبنائه ، فهي آلية مستمرة لردم الفوارق الطبقية بين الأغنياء والفقراء . وتاريخياً عملت الزكاة على تحرير الرقيق من خلال سهم الرقاب كما عملت على وقاية وتحصين الفقراء والغارمين والمعوزين من ولوج عتبة الرق .

٩- تعمل الزكاة على تخفيف التكلفة الاجتماعية في محاربة الجريمة بما توفره من فرص عمل وتوظيف وكفاية لأفراد المجتمع ؛ هذا موضوعياً وذاتياً من خلال استلال دواعي الحسد والضغينة من نفوس الفقراء حين يرون خير الأغنياء موصولاً إليهم ، فهي إذاً آلية تعزز التكافل الاجتماعي وتقبر الصراع

(١) محمد فاروق النبهان ، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي ، ص١٢٦-١٢٧ . وانظر في تأصيله الإمام الشاطبي ، الموافقات ، ص٢-٨ .

(الكفاءة الحدية) وبين سعر الفائدة الذي يدفعونه لقاء الحصول على التمويل اللازم من الجهاز المصرفي. وفي الإسلام، ترجح الكفة الأولى مباشرة بسبب إلغاء الربا وترجح أيضاً لأن تعطل المال دون استثمار يعرضه للتآكل بسبب الزكاة.

وأحسب أن هذه الشروط المؤسسية للاستثمار لا تتاح في أي نظام اقتصادي أكثر مما تتاح فيه في النظام الاقتصادي الإسلامي.

٥- تعمل الزكاة على تحسين الوضع التساومي للعمل المضارب تجاه رأس المال، فصاحب المال ملزم موضوعياً بتوظيف أمواله وحيث يحرم الإسلام الربا فإنه لا بد يلجأ إلى أحد أمرين: إما الاستثمار المباشر لأمواله أو استثمارها مضاربة مع الغير وهذا يوفر فرص توظيف جدية تدعم موقع العمل المضارب وتساعد في القضاء على البطالة.

٦- تعمل الزكاة على تحقيق الكفاءة الاقتصادية وتخصيص موارد المجتمع بحسب الحاجات الحقيقية لأبنائه إذ أن تركز الثروة يؤدي إلى تكريس موارد المجتمع لإنتاج ترفيات الأغنياء على حساب ضروريات الفقراء، وهذا مخل بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأن:

" لا يراعى تحسيني إذا كان من مراعاته إخلال بحاجي ولا يراعى حاجي إذا

عموماً فكل إعادة توزيع لصالح الفقراء تتسبب في ارتفاع مستوى التوظيف وبالتالي زيادة رخاء المجتمع.

ليس هذا فحسب إنما هناك آثار مباشرة للزكاة على الاستثمار.

٣- إذا يميز الفقهاء بين الفقراء القادرين على العمل والعاجزين عنه، أما العاجزون فيعطون كفاية عامهم أو عمرهم من الزكاة، وأما القادرون فيعطون ما يستعينون به على مزاولة العمل من وسائله كل بحسب حرفته وتأهيله، وإلا فالزكاة "لا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب"[١]. وهذا يعني أن الإسلام لا يريد للزكاة أن تصبح متكأ للبطالة والتسول. ومن هذه الآثار أيضاً:

٤- أن الزكاة - لأنها تفرض على المال القابل للنماء دون اشتراط نمائه الفعلي - تحتم على مالكه تنميته لكي يدفع الزكاة من غلته لا من أصله. فإن تقاعس عن ذلك فإن هذا المال سوف يتناقص بشكل دوري. وفي هذا القصد يوجه النبي ﷺ كافل اليتيم لتنمية ماله، يقول ﷺ: «ألا من ولي يتيماً له مال فليتجر بماله ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»[٢]. وهنا ينبغي أن نقترب قليلاً من اللغة الفنية للاقتصاد فنقول: إن قرار الاستثمار يعتمد في الاقتصاد التقليدي على المقارنة بين الربح الذي يتوقع المنظمون الحصول عليه

(١) ابن حجر، بلوغ المرام، ص١٥٤.

(٢) سنن الترمذي، ج٢، كتاب الزكاة، ص٢١٣.

للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل . . . ﴾[1].

فالزكاة بهذا المعنى هي عملية إعادة توزيع موسعة تستند إلى الحاجة، جاء في عهده ﷺ إلى معاذ حين أرسله إلى اليمن: « . . . فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم صدقة، تؤخذ من أغنيائهم، فترد على فقرائهم . . . »[2]، وتترك الزكاة آثاراً اقتصادية بالغة في البناء الاقتصادي والاجتماعي لعل أبرزها:

١- أن إقامة هذه الفريضة تحصيلاً وتوزيعاً ينجم عنه زيادة في الطلب الاستهلاكي: بسبب نقل الدخول إلى الشرائح ذات الميول الحدية العالية للاستهلاك. وهذا هو الأثر المباشر وفيه إشباع لحاجات الفقراء وفيه تبرئة للمكلفين والموسرين من المسؤولية الشرعية، على أن هذا الأثر ليس إلا أثراً أولياً تعقبه آثار أخرى منها:

٢- زيادة الطلب الاستثماري إذْ أن زيادة الطلب على السلع الاستهلاكية سوف يزيد من طلب منتجيها على مدخلات الإنتاج بهدف التوسع في إنتاجها. وبديهي أن عنصر العمل أهم هذه المدخلات وهذا يعني أن الزكاة سوف تدفع إلى معالجة البطالة من خلال آليات النظام الاقتصادي نفسه، إذا أنها سوف ترفع من مستوى التوظيف. وهذه القناعة يسلم بها الاقتصاديون

(١) سورة التوبة، الآية ١٦٠.

(٢) صحيح البخاري، ج٤، كتاب المغزي، حديث رقم ٤٠٩٠.

الإنسان المسلم عند توفر الشروط[1] الآتية :

- الملك التام من قبل المكلف للمال فلا زكاة في ضمار .
- بلوغ النصاب وهو الحد الأدنى الذي إذا تجاوزه المال وجبت فيه الزكاة . وقد وضعت السنة الشريفة معالم وحدوداً لأنصبة المال المختلفة .
- الفضل عن حاجة المكلف ومن يعول ممن تلزمه إعالتهم .
- حولان الحول القمري على تحقق ملك النصاب عدا الزروع فلا يشترط فيها ذلك .
- أن يكون المال نامياً أو قابلاً للنماء ، ويخرج منه ما يقتنيه المكلف لنفسه من السلع الاستهلاكية كما يخرج منه وسائل الإنتاج ومستلزماته إذا لم تكن موضوعاً للاتجار .

إن الزكاة جزء حيوي من نظام الإسلام الاقتصادي فهي تمثل الركن الثالث في الإسلام وقد أُمر المكلفون بدفع الزكاة . قال تعالى : ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة . .﴾[2] وهو أمر تكرر كثيراً في القرآن وأمرت الدولة بتحصيلها ووضعها في مصارفها . قال تعالى مخاطباً نبيه : ﴿خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها . .﴾[3]، وقال أيضاً في معرض بيان وجوه إنفاق حصيلة الزكاة : ﴿إنما الصدقات

(١) د. يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، ج١، ص١٢٦-٦٦١ .

(٢) سورة البقرة، الآية ١١٠ .

(٣) سورة التوبة، الآية ١٠٣ .

- **آلية الزكاة:** التي تعيد توزيع الدخول وبعض الثروات حولياً (كل عام) على أساس الحاجة.

وغني عن البيان أن آلية الإرث ليست وقفاً على المجتمع المسلم لكنها بلا شك أقدر على إنجاز أهدافها التوزيعية مع النظام الإسلامي وذلك لسعة قاعدة المستفيدين: ﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضا﴾[1] ولمحدودية قدرة المورث في التصرف والإيصاء بتركته. "فلا وصية لوارث"[2]. ولا وصية بأكثر من الثلث إلا ما أجازه الورثة.

ولو أراد أن ينحل أحد أبنائه شيئاً فيجب أن ينحل الآخرين مثله فقد أراد أحدهم أن يُشهد النبي على ذلك فقال له النبي ﷺ: «أكلهم وهبت له مثل هذا؟ قال: لا. قال: «فلا تشهدني إذاً فإني لا أشهد على جور»[3]. وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه المسألة من المسائل الخلافية وليست بمحل إجماع.

آلية الـزكاة:

أما الزكاة فهي في وجهها الاقتصادي فريضة مالية دورية تجب بشروطها في مال

(١) سورة النساء، الآية ٧.

(٢) سنن أبي داود، ج٢، كتاب الوصيا، حديث رقم ٢٨٧٠.

(٣) صحيح مسلم، كتاب الهبات، م٣ حديث رقم ١٦٢٣.

الاستثمار .

- كما ان إلغاء الربا والريع يعني إعفاء الإنتاج الاجتماعي من عناصر تكلفة أساسية لا يقر لها الإسلام بالمشروعية وهذا يعني أن الأسعار لا بد أن تجنح إلى الانخفاض في اقتصاد إسلامي بكل تأكيد مما يزيد من فرص التوسع في التوظيف بسبب زيادة نصيب العمال من المقسوم الاجتماعي .
- وما تقدم يعزز الطلب الكلي لأن قيمة الناتج سيمتلكها إما مستهلكون ذوو ميول عالية للاستهلاك أو مستثمرون مستعدون للاستثمار بل ومحفوزون للاستثمار بتأثير إلغاء الفائدة وإيجاب الزكاة على كل المال القابل للنماء .
- وما تقدم يعني أيضاً أن الميزة التنافسية ستكون لمنتجات العالم الإسلامي في الأسواق الخارجية بسبب انخفاض التكاليف .
- وما تقدم يعني أيضاً أسعاراً مخفضة لمدخلات الإنتاج الزراعية تعزز حركة التصنيع وتدعمها .

إعـادة التوزيــع:

في نظام الإسلام الاقتصادي تعقب عملية التوزيع بعملية إعادة توزيع بحسب أسس غير وظيفية . ولقد شرع الإسلام آليات تتولى إعادة توزيع المكاسب والدخول لعل أبرزها وأوضحها أثراً :

– **آلية الإرث** : التي تعيد توزيع الثروات المكتسبة خلال دورة الحياة على أساس اعتبار غير وظيفي (صلة الرحم ودرجة القربى) .

خسر كانت الخسارة على رأس المال أما العامل فيخسر جهده . والقاعدة هي : " الربح على ما شرط العاقدان والوضيعة (الخسارة) على المال " . ان تحمل العمل لجزء من مخاطرة النشاط الاقتصادي يؤهله للمشاركة في أرباحه ، إذ الغنم بالغرم كما هي القاعدة .

العمل المخاطر : وهذا النوع من العمل يقابل عنصر التنظيم في اقتصاد السوق فهو يتحمل كامل مسؤولية النشاط الاقتصادي ويستأثر بأرباحه .

هذه هي صور مكافآت عوامل الإنتاج كما نصت عليها الأحكام الشرعية ، ونخلص من استقرائها :

- أنها تشترط الإسهام بالعمل أو بتحمل مخاطرة النشاط الاقتصادي لكي يحصل المشارك على أجر مضمون أو ربح شائع نظير المخاطرة ، وهي تلغي المكافآت الطفيلية التي لا تستند إلى عمل أو مخاطرة كما هو حال الربا وريع الأرض البيضاء .
- إن إلغاء الربا والريع يعني توحيد قاعدة الملكية مع قاعدة الاستثمار ويخلص المجتمع من تناقضاته ، ولقد أشار (باريتو) إلى أن الصراع بين طبقات المجتمع ما عاد بين العمال والرأسماليين إنما هو بين الممولين والمستثمرين ؛ بين دخل الملكية ودخل المخاطرة وأشار (شومبيتر) إلى أن الفائدة ما هي إلا جزية ينتزعها الممول من المبتكر . ولاحظ (كينز) كذلك أنها عقبة في طريق

والنبي ﷺ يقول: «من ولي لنا شيئاً فلم تكن له امرأة فليتزوج. ومن لم يكن له مسكن فليتخذ مسكناً. ومن لم يكن له مركب فليتخذ مركباً..»[١] وقد اعتبر السلف الصالح أن الفرد قد يملك هذه الأشياء لكنه لم يبلغ مستوى الكفاية لذا أجازوا له أن يأخذ من الزكاة بقدر ما يلحقه بالمستوى الاجتماعي المتوسط[٢]. فإذا كان الأمر كذلك بين مستخدمي القطاع العام فلا شك أن الدولة تستطيع أن تسحب ذلك على مروحة الأجور في القطاع الخاص.

إن العامل بل الإنسان أي إنسان في المجتمع المسلم ينبغي أن ينال كفايته شريطة عدم تقاعسه وكسله فمن كان معذراً عن العمل كفلت له كفايته من الزكاة ومن كان قادراً على العمل ينبغي أن يكون أجره قادراً على إحراز كفايته بل وقادراً على تأمين وقت الفراغ اللازم لتنمية طاقاته الروحية والثقافية "فما هو بإنسان وما هو بكريم على الله ذلك الذي تشغله ضرورات الطعام والشرابة فإذا قضى وقته وجهده ثم لم ينل كفايته فتلك هي الطامة التي تهبط به دركات عما أراد الله، والتي تصِّم الجماعة التي يعيش فيها بأنها جماعة هابطة لا تستحق تكريم الله، لأنها تخالف عن إرادته"[٣].

العمل المضارب: وهو العمل الذي يدخل في عقود مضاربة مع أصحاب رأس المال، فإن ربح المشروع كان الربح بينهما بحسب النسبة التي يتفقان عليها ابتداءً وإن

(١) أبو عبيد، الأموال، ص٣٧٦-٣٧٧.

(٢) أبو عبيد، ص٣٣٧.

(٣) سيد قطب، العدالة الاجتماعية، ص١٣٥.

العمل الأجير يقابل هذا عنصر العمل في اقتصاد السوق، والإسلام شرع الأجارة ووضع لها معالم هادية نذكر منها:

- معلومية الأجر ومعلومية الخدمة فذلك من شروط صحة الأجارة[1]. فقد ورد عنه أنه "نهى عن استئجار الأجير حتى يتبين له أجره"[2] وورد أيضاً عنه قوله: "إذا استأجر أحدكم أجيراً فليعلمه أجره"[3].
- مبدأ تعجيل الأجر وإتمامه لقول: "أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"[4].
- مبدأ عدالة الأجر وكفايته: قال تعالى: ﴿ولا تبخسوا الناس أشياءهم﴾[5] وجاء في الحديث القدسي تهديد زاجر عن عدم توفية الأجير: «قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته، . . . ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه (الخدمة) ولم يوفه أجره"[6].

إن كفاية الأجر مفهوم نسبي تحدده درجة تمدن المجتمع وتكاليف المعيشة وعلى العموم فإن أجر العامل ينبغي أن يلحقه بالكفاية وإلا فإنه يكون مستحقاً للزكاة،

(١) صادق مهدي السعيد، العمل وأحكامه في الإسلام، ص٥٦-٦٥.

(٢) المتقي الهندي، كنز العمال، ج٣، كتاب الإجارة، حديث رقم ٩١٢٧.

(٣) المرجع نفسه، حديث رقم ٩١٢٤.

(٤) المرجع نفسه، حديث رقم ٩١٢٦.

(٥) سورة الشعراء، الآية ١٨٣.

(٦) صحيح البخاري، ج٣، ص١١٨.

وسوف يزيد الطلب والتوظيف زيادة على آثار اقتصادية واجتماعية أخرى لسنا نستقصيها في هذه العجالة.

وإذا كان الإسلام قد حرم الربا كمكافأة لرأس المال فإنه قد شرع مشاركته في الربح شريطة تحمله المخاطرة، والقاعدة في ذلك "الغنم بالغرم". فقد "نهى النبي عن ربح ما لم يضمن"[1] وقد وضعت شركات المضاربة أطراً مؤسسية لهذا التوجه، إذا تؤكد أحكامها أن الوضيعة (الخسارة) على المال أما الربح فبحسب ما اصطلح عليه العاقدان.[2]

أما رأس المال العيني أي العدد والآلات فلها أن تكافئ بأجر مضمون يعوضها الاندثار ويكفل لملاكها عائداً يغري بتجديدها وتوسيعها. ولها أن تتحمل المخاطرة فتحصل على نسبة من الربح ولا أحسب أن هناك ما يمنع من ذلك فقد نقل (ابن قدامة) صحة هذه الشركة عن أحمد نص عليه في رواية الاثرم ومحمد بن أبي حرب وأحمد بن سعيد ونقل عن الاوزاعي ما يدل عليه[3].

ثالثاً : العمل وأشكال مكافاته:

ميزت الأحكام الشرعية بين صنوف العمل بحسب الإطار العقدي الذي يشترك به في النشاط الاقتصادي فهناك العمل الأجير والعمل المضارب والعمل المخاطر.

(١) سنن الترمذي، ج٣، ص٥٣٥.

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر: د. حسين الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، ص٢٧-٤١.

(٣) ابن قدامة، المغني، م٥، ص٧-٨.

إن الربا يفضي إلى نتائج مخالفة لما أراده الله من المال فقد أراد سبحانه المال قياماً للناس، قال تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما﴾[1] وهو لكي يكون كذلك فلا بد من توسيع قاعدة تداوله ﴿كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم﴾ [2] لكن الربا يعمل على تركز المال بأيدي قليلة لأنه يعمل باتجاه نقله إلى أيدي المرابين وباستمرار وبغض النظر عن حاجة المستهلك في القروض الاستهلاكية أو عن مصير الاستثمار في القروض الإنتاجية.

إن هذه الحقيقة ترتبت عليها حقيقة أخرى تشخصها النظرية الاقتصادية وهي نقص الطلب الفعال وقصوره عن تصفية العرض مما يقود إلى انخفاض مستوى الاستخدام وتفشي البطالة ومن ثم نقص جديد في الطلب، وتراكم هذه الآثار يقود إلى الأزمة الاقتصادية.

كما أن الربا يفرز التضخم وغلاء الأسعار لأنه عنصر من عناصر التكلفة على الناتج الاجتماعي، فالمستثمر الذي يقترض ليمول استثماراته سوف يحسب الفوائد التي يدفعها إلى المصارف كعنصر تكلفة يضيفها إلى أسعار منتجاته، وهذا يعني أن المستهلك هو الذي يتحمل الربا حقيقة وليس المنتج، كما يعني أن أسعار المنتجات سوف ترتفع بمقدار الفائدة المصرفية المدفوعة، وقد قُدِّر نصيب الفوائد من تكاليف الإنتاج بحوالي الخمس وهذا يعني أن إلغاء الربا سوف يخفض الأسعار بهذه النسبة

(١) سورة النساء، الآية ٥.

(٢) سورة الحشر، الآية ٧.

وتقييد الحاكم والبريد الموصل إلى الغير ظلم، كما أن حبسه ظلم "[1].

ويؤكد (ابن القيم) رحمه الله هذا الفهم لطبيعة النقود فيقول: " . . . فالأثمان (النقود) لا تقصد لأعيانها، بل يقصد التوصل بها إلى السلع، فإذا صارت في نفسها سلعاً تقصد لأعيانها فسد أمر الناس، وهذا معنى معقول يختص بالنقودة "وهو يرى أن تسليع النقود يفقدها وظيفتها في قياس القيمة فيقع الخلف والتظالم بين الناس[2].

وبهذا المعنى جاءت أحكام (الصرف) مضيقة للتعامل بالنقد في غير وظيفته الأصلية وأوجبت التماثل عند صرف الجنس الواحد وأوجبت التقابض الفوري عند اتحاد الجنس وعند اختلافه لقوله ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثلة ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثلة ولا تبيعوا منها غائباً بناجز»[3].

وبناءً على ذلك لم يجز الفقهاء الخيار والأجل في الصرف لأنه يقدح بشرط التقابض. وهكذا حرم الإسلام الاكتناز وحرم ربا النسيئة، وحرم ربا الصرف، كل ذلك بهدف ضمان كفاءة أداة النقود لوظائفها ليس لآحاد الناس إنما لمجموعهم فالمكتنز مضار والمرابي مضار ومبتز.

---

(١) الغزالي، ج٤، ص١١٥.

(٢) ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج٢، ص١٠٦.

(٣) أخرجه الإمام البخاري، انظر: ابن المبارك، التجريد الصريح، ج١، كتاب البيوع، ص١٣٣. وانظر صحيح مسلم، ج٣، كتاب المساقاة، رقم الحديث ١٥٨٧.

فالاكتناز عنصر تسرب لقوى الطلب من دورة الدخل ينجم عنه تدني مستوى التشغيل، ومن هنا لم يجز الإسلام لأداة المجتمع أن تحتبس عنه واعتبر المكتنز متعسفاً في استخدام حق الانتفاع بالنقود وتوعده بالعذاب الأليم. وأوجب في كل رصيد نقدي ما نسبته ٥ , ٢٪ من قيمته لاستبراء مالكه من هذا الحكم الذي يعم كل مال لا تخرج زكاته.

وإذا كان الأمر كذلك مع المكتنز فإن الحرب أعجل وأنكى على الربا، فمن وجهة نظر الإسلام يكون المرابي قد اقترف جرماً مركباً فهو احتجز عن المجتمع أداته (النقود) ولم يعدها إليه إلا بمقابل جزية هي الفائدة، ولم يقر له الإسلام لا بالأولى ولا بالثانية. ولقد كان هذا الفهم لطبيعة النقود واضحاً في ذهن فقهاء الإسلام، يقول (الإمام الغزالي) رحمه الله تعالى في معرض تمييزه لما يحبه الله تعالى عما يكرهه: " . . . . مَنْ كنزهما - الذهب والفضة- فقد ظلمهما، وأبطل الحكمة فيهما . . . وما خلقت الدراهم والدنانير لزيد خاصة ولا لعمرو خاصة إذ لا غرض للآحاد في أعيانهما . . . . وإنما خلقا لتتداولهما الأيدي . . . ."[1] فكنز النقود إذاً هو "حبس البريد الموصل إلى الغير وهو ظلم". كما أن المضاربة بالنقود Speculation ظلم يخرجها عن طبيعتها: "فأما من كان معه نقد فلو جاز له أن يبيعه بالنقد، فيتخذ التعامل على النقد غاية عمله، فيبقى النقد (عندئذ) مقيداً عنده وينزل منزلة المكنوز،

(١) الإمام الغزالي، إحياء علوم الدين، ج٤، ص١١٣-١١٤.

وحيث أن الوقت لله لذا لا مبرر لاختصاص المقرض به .

وفي الإسلام جاء الحكم واضحاً وقاطعاً بتحريم الربا (الفائدة) ولم تغن كل الشبهات التي أثيرت في التحلل منه قال تعالى في آخر وأجمع ما نزل بصدد الربا : ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله . وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾[1] .

والربا المقصود هنا هو ربا النسيئة وهو الزيادة المشروطة على أصل ما يثبت في الذمة نظير الأجل ، ومع أن القرآن لم يعلل هذا الحكم إلا أن ذلك لا يمنع من البحث في استجلاء الحكمة وبيان العلة فيه ، وفي هذا الصدد تكشف النظرة الإسلامية عن عمق وإحاطة بصدد طبيعة النقود ووظائفها في الاجتماع الإنساني ، فالنقود أداة اخترعها المجتمع لتيسير عملية التبادل فهي أداة المجتمع ووسيلته ، ولأجل ذلك كانت موضوعاً لأحكام خاصة منها الاكتناز الذي جاء القرآن محذراً منه ، قال تعالى : ﴿والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم﴾[2] . إن الاكتناز يتسبب في تعطيل وظيفة النقود بحبسها وإخراجها من محيط التداول وهذا يعني كساد سلع المنتجين التي كانت تنتظر وحدات النقد التي تشتريها ، وتوالي ذلك يعني أن جزءاً من الإنتاج يتناسب مع نسبة ما اكتنز من النقود سوف يوأد

(١) سورة البقرة، الآيات ٢٧٨, ٢٧٩.

(٢) سورة التوبة، الآية ٣٤.

بمَ يأخذ أحدكم مال أخيه»[1]. وإذا كان هذا في الشجر إذا لم يصلح ثمره فهو في الأرض البيضاء من باب أولى.

وإذاً فلمالك الأرض البيضاء أن يزرعها ويتحمل مخاطرة النشاط الزراعي وله أن يمنحها لمن يستغلها مجاناً: "فليزرعها أو ليزرعها أخاه. . . "أو أن يبيعها بيعاً يسفر عن نقل ملكيتها إلى من يعمل فيها وبذلك يختفي الانفصام بين من يعمل ومن يملك وهذا شرط وطيد للكفاءة وبه تختفي ظاهرة الملاك الغائبين ويوقف نزيف الدخل إلى خارج القطاع الزراعي هذا النزيف الذي تسبب في تخلفه.

ثانياً: رأس المال ومشروعية مكافاته:

في الفكر الاقتصادي الوضعي استمدت الفائدة تبريرها من عدة اعتبارات أبرزها كون الفائدة ثمناً لمخاطرة عدم سداد الدين أو أنها إشراك للمقرض في الربح حينما يكون القرض هادفاً لتمويل نشاط استثماري أو أنها ثمن للحرمان من الاستهلاك بتعبير الكلاسيك. أو هي ثمن لتأجيله بتعبير (ناسو) أو أنها ثمن التخلي عن السيولة النقدية بتعبير (كينز). وبالمقابل فإن هناك تبريرات معاكسة تؤكد عدم مشروعة الربا. منها ما أشار إليه (أرسطو) حول عقم النقود معتبراً الربا كسباً مضاداً للطبع ومنها تبرير (الرومان) باستحالة فصل عين النقود عن منفعتها وبالتالي عدم مشروعية أجارتها ومنها ما أشار إليه (المدرسيّون) حول اعتبار الفائدة ثمناً للانتظار أي ثمناً للوقت

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها. وانظر صحيح مسلم، ج٣، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، حديث رقم ١٥٥٥ بألفاظ قريبة.

وإنما هي زيادة انفـرد بهـا حنظلة، في حين روى من هو أوثق منه خـلافـهـا[1]. وقـد وردت بصور مختلفة: " . . . فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ " ، " . . . . وأما الورق فلم ينهنا " ، " . . . . . فنهينا عن ذلك ولم ننه عن الورق " ، " . . . فلم يكن للناس كراء إلا هذا فلذلك زجر عنه، فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به " لذلك قال الإمام أحمد: " حديث رافع كثير الألوان "[2]!!.

د- المساقاة: وهي " أن يدفع الرجل شَجَرَهُ إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر مايحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره "[3] فهي إذاً عقد بين العامل ومالك الشجر يشترك فيه العامل بجهده ويشترك فيه المالك بشجره (وليس بالأرض) والناتج بينهما بحسب ما يتفقان عليه. وهذا عقد مشروع لأنه على أصل الإباحة فلم يرد نهي يحظره بل أن النبي ﷺ أقره حيث «قالت الأنصار للنبي ﷺ اقسم بيننا وبين إخواننا النخيل. قال: لا. فقالوا: تكفوننا المؤونة ونشرككم في الثمرة. قالوا: سمعنا وأطعنا»[4].

هـ -بيع الثمار خرصاً: أي تضمين البساتين وبصدده ورد أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها وبصدده أيضاً قال ﷺ : «أرأيت إذا منع الله الثمرة،

(١) ابن حزم، م٥، ج٨، ص٢٢٠-١٢١.

(٢) نقل ذلك د. العبادي، ج٢، ص١٢٥.

(٣) ابن قدامة، المغني، م٥، ص٢٢٦.

(٤) صحيح البخاري، ج٣، ص١٣٦.

ولعل أجمع ما ورد من آثار بصدد مجمل هذه العقود التي تبنى على أساس المعاوضة أو المشاركة بمنفعة الأرض البيضاء هو حديث جابر رضي الله عنه: «نهى رسول الله ﷺ: «أن يؤخذ للأرض أجر أو حظ»[1] ومثله حديث رافع ونصه: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه، ولا يكاريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى»[2] فالأجر كل بدل معلوم والحظ كل نسبة أو قدر من الناتج وهذا إجماع القول، فالإسلام لم يجز ريع الأرض البيضاء وهو الراجح عندي والله أعلم، وهناك وجهات نظر كثيرة مخالفة خلاصتها تأول النهي الذي ورد في الأحاديث الصحيحة بأنه نهي عن الغرر أو الثنيا أو تأول النهي بمنع الخصومة جراء هذه العقود أو ندباً إلى بذل الفضل وقد تعضدت هذه التأويلات[3] بزيادة حنظلة التي وردت في حديث رافع وبحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه: "كنا نكري بما على السواقي من الزرع، وما سعد بالماء منها، فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك. وأمرنا أن نكريها بالذهب والفضة"[4] والحديث أخرجه أبو داود في سننه إلا أن ابن حزم ضعّف أحد رواته واستجهل الثاني[5]. أما الزيادة في حديث رافع فقد رأى ابن حزم أنها ليست من أصل الحديث

---

(١) صحيح مسلم، ج٥، ص١٩.

(٢) سنن أبي داود، ج٢، ص٢٣٣.

(٣) انظر أبو الأعلى المودوي، مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص٦٨ ومابعدها. انظر شيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد الفقهية، ص١٥٨. العبادي، الملكية في الشريعة، ج٢، ص١٢٢-١٢٣.

(٤) سنن أبي داود، ج٢، ص٢٣١.

(٥) ابن حزم، م٥، ج٨، ص٢٢٣.

وعن جابر بن عبدالله: أن النبي ﷺ: «نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة»[1].

وعنه أيضاً: «من لم يذر المخابرة فليؤذن بحرب من الله ورسوله»[2].

هذا وقد نقل (د. هاشم جميل) اختلاف الفقهاء في مشروعية هذه العقود على مذهبين رئيسيين: المذهب الأول منهما قال بعدم مشروعية المزارعة و "إلى ذلك ذهب أبو حنيفة وبعض الزيدية وبعدم جوازها أيضاً قال مالك والشافعي وداود الظاهري. إلا أن مالكاً ومن بعده أجازوها إذا كانت تابعة للمساقاة.. "[3]. لكن المتأخرين تجوزوا فيها كثيراً يقول (الشيخ السايس): "... ان الأرض ومنافعها مملوكة للأفراد ينتفعون بها بكل وجوه الانتفاع يزرعونها أو يزارعون أو يعيرون حتى كان لهم أن يعطلوها وان كان مكروهاً"[4].

وقال (د. العبادي) بعد استعراضه لوجهات نظر الفقهاء ومناقشتها: "ان الراجح هو القول بإباحة المزارعة والمساقاة، أما إجارة الأرض فقد اتجه كثير من الفقهاء إلى القول بكراهتها، أو أن المزارعة أحل منها"[5].

---

(١) صحيح مسلم، ج٥، ص١٧.

(٢) سنن أبي داود، ج٢، ص٢٣٥ أيضاً.

(٣) د. هاشم جميل، مسائل من الفقه المقارن، القسم الثاني، ص ٥٤.

(٤) محمد علي السايس، ملكية الأرض ومنافعها في الإسلام، ص١٦٥.

(٥) د. عبدالسلام العبادي، ج٢، ص١٢٧.

جابر : "نهى رسول الله ﷺ عن كراء الأرض . . "[1] وعن رافع بن خديج رضي الله عنه : " من كانت له أرض فليزرعها، أو ليزرعها أخاه، ولا يكاريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى "[2] ومع أن النص على إطلاقه إلا أن البعض قد تأوله عن كرائها ببعض ما يخرج منها كما تقدم، أو بالنهي عن الثنيا بما " على الماذيانات واقبال الجداول وأشياء من الزرع "[3]، أي بناتج مساحة معينة كما سنلاحظ بعد قليل .

جـ- المخابرة والمزارعة :(Share-Crouping System) جاء في (مغني المحتاج) : "....ولا تصح المخابرة وهي عمل الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل، ولا المزارعة وهي هذه المعاملة والبذر من المالك وقد ثبت النهي عن الأولى في الصحيحين وعن الثانية في مسلم "[4]. وجاء في (المغني) لابن قدامة : " معنى المزارعة : دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما وهي جائزة في قول كثير من أهل العلم "[5].

عن زيد بن ثابت رضي الله عنه : " نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة قلت وما المخابرة؟ قال «أن تؤخذ الأرض بنصف، أو ثلث أو ربع»[6] .

---

(١) صحيح مسلم، ج٥، ص١٨ .

(٢) سنن أبي داود، ج٢، ص٢٣٣ .

(٣) صحيح مسلم، ج٥، ص٢٤ .

(٤) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ص٣٢٣-٣٢٤ .

(٥) ابن قدامة، المغني، م٥، ص٢٤١ .

(٦) سنن أبي داود، ج٢، ص٢٣٥ .

كراء الأرض "[1]. وعن جابر بن عبدالله رضي الله عنه "أنه سمع رسول الله ﷺ ينهى عن المزابنة والحقول. فقال جابر بن عبدالله رضي الله عنه: المزابنة الثمر بالتمر. والحقول كراء الأرض "[2]. هذا وقد نبه محكم هذا البحث مجزياً بخير إلى أن الراجح عند العلماء هو أن المحاقلة هي "بيع الحنطة في سنبلها بحنطة صافية" جاء في صحيح مسلم في أحد رواياته عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: ". . . والمحاقلة أن يباع الزرع بالقمح. واستكراء الأرض بالقمح "[3].

ب- الكراء (Fixed-Rent Tenancy System): أي تأجير الأرض بمقابل معلوم. وهذا المقابل إما أن يكون نقداً أو بدلاً عينياً معلوماً اصطلح على تسميته طعاماً مسمى. قال (ابن حزم): "لا يجوز كراء الأرض لا بدنانير ولا بدراهم ولا بعرض مسمى ولا بشيء أصلاً. . "[4]. ومبرر تمييز هذا العقد عن المحاقلة أن بعض الفقهاء سيما المالكية[5] فسروا المحاقلة بكراء الأرض ببدل من جنس ناتجها وتحرّوا العلة في عدم المماثلة في المال الربوي، أما هنا فالنهي عن مطلق الكراء فمن حديث

(١) صحيح مسلم، ج٣، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، رقم الحديث ١٥٣٦. وف يالبخاري مثله دون ذكر تفسير المحاقلة.

(٢) صحيح مسلم، ج٣، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، رقم الحديث ١٥٣٦.

(٣) صحيح مسلم، ج٣، كتاب البيوع، حديث رقم ١٥٣٩. ومثل هذا أورده الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه. انظر شرح جامع الترمذي (تحفة الأحوذي)، ج٤، حديث رقم ١٢٤٢.

(٤) ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٢١١، ٢١٣.

(٥) موطأ الإمام مالك، ص٢٩٤.

التوزيع الوظيفي:

ميّز الفكر الاقتصادي الوضعي بين أربع مكافآت توزيعية وظيفية تناظر عناصر الإنتاج الأربعة بحسب التصنيف الكلاسيكي الذي أقر لها بالمشروعية اما تصنيف عناصر الإنتاج في الاقتصاد الإسلامي فينبغي أن يُردَّ إلى الأحكام المتعلقة بمشروعية مكافآتها، وأخذاً بهذا الاعتبار أمكن الوقوف على ما يأتي :

- الأرض وفيها ميزت الأحكام بين أرض بيضاء وأخرى مشجّرة .
- رأس المال وفيه ميزت الأحكام بين رأس مال نقدي ورأس مال عيني .
- العمل وفيه ميزت الأحكام بين عمل أجير وعمل مضارب وآخر مخاطر .

وهذا يعني أن الإسلام لم ينظر إلى هذه العناصر كموضوعات متجانسة ولأجل ذلك خص كل نوع منها بحكم شرعي مميز وفيما يلي تفصيل ذلك :

أولاً: الأرض وطبيعة عائدها:

إن موقف الإسلام من الريع يمكن التعرف إليه من خلال استعراض العقود الزراعية التي ورثها المجتمع المدني، مجتمع الرسالة ووردت الإشارة إليها في الأحاديث الشريفة وها نحن ندرجها مع تعريف وجيز بها :

أ- المزابنة والمحاقلة : جاء في صحيح مسلم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه " أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة . والمزابنة اشتراء التمر في رؤوس النخل والمحاقلة

بلا نفقة على من حماه فليس له أن يحميه ومثل ذلك كل عين ظاهرة كنفط أو قار أو كبريت "[1]

هكذا إذاً فالاختصاص بالأرض والموارد لا يبرر بأعمال القوة والاستئثار إنما بالعمل الاقتصادي حصراً، ودوام هذا الاختصاص رهين بهذا العمل وهذا يوفر ميلاً أصيلاً يدفع باتجاه التوظيف والكفاءة.

ولنفس السبب المتقدم نجد أن الشريعة جلت حكمت شارعها قد استثنت بعض الموضوعات وأخرجتها من دائرة الاختصاص الفردي يقول ﷺ: "المسلمون شركاء في ثلاث: الماء والكلأ والنار"[2]. والعلة في ذلك كما رآها الفقهاء أن هذه الأموال لم تتكون بجهد فردي وبالتالي فلا مبرر للاختصاص بها ولو كانت كذلك كالكلأ المستنبت أو الماء المحرز لجاز الاختصاص بها.

وهكذا تكشف الأحكام الشرعية عن نظرة عميقة بصدد حق الملكية فتجعل منه مؤسسة لتوظيف الموارد قبل أن يكون مؤسسة للاختصاص بها، فإذا أثبت المالك أهليته لإدارة المورد وجدارته بالاختصاص بثماره جاءت الأحكام الأخرى تؤكد الحق الاجتماعي في ناتج المورد: عُشراً أو خراجاً.

---

(١) الإمام الشافعي، الأم، ج٤، ص٤٢.

(٢) سنن أبي داود، ج٢، ص٢٤٩.

أقطعك لتعمل فخذ ما قدرت على عمارته وردَّ الباقي "[1] . وهذا توكيد واضح للوظيفة الاجتماعية لحق الملكية وشرط الكفاءة.

جـ- الدعوة إلى بذل فضل الأرض لإفادة المجتمع من ناتجها، قال ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه.. "[2].

د- وفي الإقطاع أيضاً يتوجب العمل من قبل المقتطع، العمل الذي يبرر اختصاصه بالأرض أو بالمورد وبغياب هذا العمل لا يكون هناك مبرراً للاختصاص الفردي فيها؛ جاء في الحديث أن (الأبيض بن جمال المأربي) استقطع النبي ﷺ مملحة بمأرب[3] فأقطعه إياها. لكن الصحابة أوضحوا للنبي ﷺ أن الملح فيها كالماء العد -لا يقتضي عملاً ولا نفقة - فأسترجعها منه لما علم ذلك.

هـ- منع الحمى الخاص وهو مظهر آخر من مظاهر اشتراط العمل لتبرير الاختصاص فقد ألغى النبي ﷺ حمى الجاهلية القائم على أساس القوة والمكانة الاجتماعية وأحل محله الحمى القائم على أساس المصلحة العامة يقول ﷺ: "لا حمى إلا لله ورسوله"[4]. وبناءً على ما تقدم يؤصل الإمام الشافعي: "ما كان فيه منفعة

---

(١) أبو عبيد، الأموال، ص٤٠٨.

(٢) صحيح مسلم، ج٣، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، حديث رقم ١٥٣٦. سنن أبي داود، ج٢، ص٢٢٣.

(٣) أبو عبيد، الأموال، ص٢٨٩، ٢٩٥.

(٤) صحيح البخاري، ج٢، كتاب المساقاة (الشرب)، باب لاحمى إلا لله ولرسوله ﷺ. سنن أبي داود، ج٣، حديث رقم ٣٠٨٣. البيهقي، ج٦، ١٤٦. مسند الإمام أحمد، ج١٣، حديث رقم ٦٦١٠. مواضع أخرى.

الإنسان من بيئته ومن ذلك ما أثبتته الأحكام الآتية :

أ- إحياء الموات : أي استصلاح الأراضي البائرة، قال النبي ﷺ : «من أحيا أرضاً ميتة فهي له . . . »[1] وواضح ان هذا الحكم لا يحقق مصلحة الفرد (المستفيد) فقط إنما يحقق مصلحة المجتمع أيضاً لأن استصلاح الأراضي ضمان لإشباع حاجاته .

ب- منع احتجاز الأرض أي تعطيل زراعتها لقوله ﷺ في تتمة الحديث السابق في روايات أخرى : . . . " وليس لمحتجز حق بعد ثلاث (سنين) "[2]، وفي هذا الحكم تقييد للحكم السابق لئلا يتحول مَنْ يستصلح الأرض إلى متعسف مضار للمجتمع فالإحياء خوله مكنة الانتفاع بالأرض أما تعطيل الأرض فإنه أمر يسيء إلى المجتمع فضلاً عن الإساءة إلى المالك ومن هنا جاء هذا القيد الذي يهدف إلى منع المضارة بمنع تعطيل زراعة الأرض . وقد كان هذا القصد واضحاً إذ نشاهد أن سيدنا عمر استرجع أرضاً أقطعها النبي (بلال بن الحارث المزني) ولما تمّنع بلال عن إعادة الأرض متذرعاً بأنها قطيعة رسول الله ﷺ ، علل له الخليفة الحكم بقوله : " إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحجزه عن الناس إنما

(١) صحيح البخاري، ج٢، كتاب المزارعة، باب من أحيا أرضاً مواتاً، سنن أبي داود، ج٣، باب احياء الموات، حديث رقم ٣٠٧٣، جامع الترمذي (مع التحفة)، ج٤، باب ماذكر في إحياء الموات، حديث رقم ١٣٩٤ .

(٢) البيهقي، السنن الكبرى، ج٢، ص١٤٢ . أبو يوسف، الخراج، ص٦٥ .

قد أحاط علماً بعالمي الغيب والشهادة، وهم يدينون بقوامة منهجه لأنه الخالق فهو الأعلم بخلقه: ﴿ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير﴾[1] وهم يقرون بحاكميته لأنه المالك لخلقه العالم به: ﴿ألا له الخلق والأمر....﴾[2].

وإذا فهمنا هذا ندرك لماذا يعتقد المسلمون بصلاح نظامهم لكل زمان ومكان وندرك على وجه التخصيص لماذا يكون نظام التوزيع بالإسلام غير مرتبط بشكل الإنتاج كما تقضي المادية التاريخية، وغير مرتبط بقوة الطبقات الاجتماعية كما هو جارٍ في تاريخ البشر، وغير مرتبط بمرحلة أو بيئة دون أخرى، إنه ليس تعبيراً عن واقع الحجاز مثلما كانت المدرسة التاريخية تعبيراً عن واقع ألمانيا أو مثلما كان المذهب الطبيعي تعبيراً عن حال الزراعة الفرنسية.... إن المذهب الاقتصادي في الإسلام جزء من رسالة السماء إلى الأرض... وفيما يلي نستعرض أبرز ملامح النظام التوزيعي في الإسلام وآثاره في تأمين الكفاءة الاقتصادية:

أسس الاختصاص الفردي بالموارد:

الأصل أن الأرض بمواردها موضوعة للناس بمجموعهم قال تعالى: ﴿والأرض وضعها للأنام﴾[3]. وهذه هي شركة الإباحة بموجب التكييف الفقهي إلا أن الإسلام أذن باختصاص آحاد الناس بالأرض ولكن نظير عمل يقدمونه يسهم في تمكين

---

(١) سورة الملك، الآية ١٤.

(٢) سورة الأعراف، الآية ٥٤.

(٣) سورة الرحمن، الآية ١٠.

وقديماً لاحظ أفلاطون: "أن الشرائع مرآة من يسنها"[1] وحار ودار من أجل اختراق هذا الحاجز الكؤود أمام العدالة الاجتماعية. وقد جاءت القناعات النظرية اللاحقة تشهد لهذه الملاحظة يقول (ماركس): "أن أفكار الطبقة السائدة هي الأفكار السائدة"[2]. ويقول جون ستيوارت ميل (J.S. Mill): "القواعد التي بمقتضاها يتحدد التوزيع تصنعها أفكار ومشاعر الفئة الحاكمة.. "[3].

فإذا كانت هذه السنة سنة نافذة في الفكر الاقتصادي الوضعي جملة وفي النظم التوزيعية منه على وجه الخصوص، فلا يسلم إذاً الطموح بعدل توزيعي أو كفاءة اقتصادية البتة.

ماذا في بضاعة الربانيين؟

يعتقد المؤمنون -وهو شرط لإيمانهم- أن مذهبهم الاقتصادي هو من لدن الله سبحانه تقدست ذاته وتنزهت صفاته، وهذا يعني أن هذا المذهب مبرأ من النسبية والانتمائية التي علقت بالفكر الوضعي فلا يعقل أن الحكَم العدل ذا العلم المحيط ينحاز في نظامه التوزيعي الذي يقترحه لخلقه لطبقة على حساب أخرى، كما لا يعقل أيضاً أنه سبحانه سيجري تطويراً لنظامه التوزيعي لكي يواكب تطوراً يحصل في الواقع نتيجة لتطور هذا الواقع أو لتطور الوعي به فهذا محال عقلاً لأن الله سبحانه

---

(١) جمهورية أفلاطون، ص٢٣.

(٢) كارل ماركس، فردريك انجز، البيان الشيوعي، ص٧٤.

(٣) J.S. Mill, Principles.., p. 200.

وهذه الحقيقة على قدر كاف من الوضوح لا تطمسه المكابرة، فمع ملكية عامة ومع نظام أجري يصعب ضبطه ورقابته كما صرحت بذلك التجارب الاشتراكية رغم أجهزتها البيروقراطية المتضخمة ورغم سلاطة وسطوة العناصر الحزبية في الوحدات الإنتاجية، بل وحتى مع إخلاص القيادات الإدارية المؤمنة بالتجربة الاشتراكية، تصبح مسألة الهدر واللاكفاءة ظاهرة مميزة للأداء الاقتصادي.

تقدير عام للفكر الوضعي:

إن دراستنا لتاريخ الفكر الاقتصادي الوضعي ونظم التوزيع فيه توقفنا على سمتين محددتين تشترك فيها كل مدارسه، هما:

١- **النسبية:** فالفكر الاقتصادي جملة ونظم التوزيع التي تقترحها مدارسه تخصيصاً يتأثر إلى حد كبير بالواقع، وتطوره وتطور معالجته نظرياً، وبالتالي فلا يمكن والحالة هذه ترشيح فكر وضعي للخلود ولا أن ينعت بالكمال وذلك لتغير موضوعة هذا الفكر المتمثلة ببيئة المفكر أو واقعه الاقتصادي من جهة ولمحدودية قدرات المفكر الإدراكية من جهة أخرى، لذا فالفكر الوضعي في سعيه إلى النضج والكمال يسير نحو غاية لا تدرك وهذا هو سر جدليته: أن ينسخ جديد الفكر قديمه باستمرار.

٢- **الانتمائية:** وربما كانت هذه السمة أبعد أثراً فيما نحن بصدده، من سابقتها، "فعملية التوزيع، كما يقول بوهم باورك (Bohm-Bawerk) لا تحددها ظواهر القيمة الاقتصادية البحتة إنما يعينها ما للطبقات من قوة اجتماعية"[1].

(١) جوزيف شومبيتر، عشرة اقتصاديين عظام، ص٢٠٥.

ترسخت في الحياة اليومية حتى لو كان الإنسان يعمل بشكل سيئ[1].

هكذا إذاً فغياب المحاسبة الاقتصادية، والعمال الذين تحميهم المواقف السياسية حتى مع عدم انضباطهم وجديتهم، جعل الأداء الاشتراكي يتردى، ولم يجد لوقف ذلك، التوزيع الجماعي للمكافآت والألقاب والجوائز . . . واتسعت الفجوة بين عالم الحقائق اليومية وبين عالم الازدهار الاستعراضي![2]. كل ذلك جعل مهندسي السياسات الاقتصادية يعودون إلى الأكسير القديم: الملكية الخاصة وحقوق الفرق الإنتاجية!! لتحفيز الأداء في ردة مذهبية سقط حجابها رغم كل تعلات المكابرة مع برنامج غورباتشوف لإعادة البناء. وإنها لحقيقة: أن غورباتشوف مهما كانت قناعاته ومهما كانت نواياه لم يكن يستطيع أن يدفع التجربة الاشتراكية إلى ما صارت إليه لولا بلوغ النظام الاشتراكي وضعاً مؤسسياً مناسباً لذلك المنعطف الذي أولجه فيه بإحكام!!

إن مشكلة النظم الاشتراكية كانت على امتداد التاريخ مشكلة حافز فمنذ القدم أشار (أرسطو) بخلاصة تجاربه: "أن الشيء الذي يشترك فيه كثيرون لا يعني به إلا أقل عناية، ذلك بأن الناس يوجهون من العناية إلى ما يملكون لأنفسهم أكثر مما يوجهون إلى ما يشاركهم فيه غيرهم"[3].

---

(١) م. غورباتشوف، عملية إعادة البناء. . . ، ص٢٨.

(٢) م. غورباتشوف، عملية إعادة البناء. . . ، ص٢١.

(٣) ول ديورانت، قصة الحضارة، ج٢ م٢، ص٥١٢.

الماركسية من تفرد العمل بالقيمة المنتجة وأحقيته بتملكها. هذا نظرياً أما على صعيد واقعي، فقد رصد دارسو المجتمعات الاشتراكية بروز الطبقية الاجتماعية على أسس غير تقليدية تتمثل في الممارسة الاحتكارية للسلطة وإثرة المتنفذين بمستويات عالية من الاستهلاك[1].

ومن زاوية أخرى لوحظ أن الأداء في الاقتصادات الاشتراكية قد تدنى بشكل ملفت للنظر كما شخصت ذلك مؤتمرات الإصلاح والوقفات التقويمية اللاحقة. وبقدر أوضح يعرض (غورباتشوف) تقييمه للاقتصاد السوفيتي فيقول: "لقد أنفقنا مواد خام وطاقة ومصادر أخرى تزيد عما تنفقه الدول المتطورة لصنع وحدة منتجة، .... وعلى مرآى من الجميع هبطت وتائر النمو بشكل حاد وتدهورت المؤشرات النوعية للإنتاج على كافة الصعد"[2]. وبصدد عجز النظام عن تفعيل عنصر العمل يقول: "أعتقد أن من المناسب أن ألفت انتباهكم إلى إحدى خصائص الاشتراكية: وأقصد تلك الدرجة العالية من الحماية الاجتماعية للفرد فمن وجهة يعتبر هذا خيراً بالتأكيد وهو من أعظم إنجازاتنا، ولكن من جهة أخرى يتحول هذا الإنجاز إلى نفسية طفيلية لدى بعض الناس، .... فحتى المطرود من عمله بسبب الكسل أو خرق أنظمة العمل يجب أن يؤمن له عمل بديل، بل أن (نزعة) التساوي في المداخيل قد

(١) ريمون آرون، صراع الطبقات، ص٩٨. / م. دجيلاس، الطبقة الجديدة، ص٥٢.

(٢) م. غورباتشوف، عملية إعادة البناء...، ص١٨-١٩.

بوسائل الدفع التي يملكونها[١].

على أن انتكاسة القضية التوزيعية قد استدركت بعض الشيء ولكن ليس بذرائع أخلاقية وليس لاعتبارات اجتماعية، إنما لاعتبارات تتعلق بالكفاءة الاقتصادية كما يتضح ذلك من نظرية Keynes وسياساته[٢]، فتحقيق الاستخدام خيار يمر من خلال تعديل واقع التوزيع وتوسيع قاعدته بهدف استيلاد الطلب الفعال كشرط ضروري لإنعاش الفعالية الاقتصادية، ومن هنا جاء التوكيد على السياسات المالية الهادفة إلى إعادة التوزيع.

لقد كانت سياسات كينز قاسية على النظام الرأسمالي، لكنها قسوة الجراح وقد تحملها متجملاً، ومنذ ذلك العهد ابتدأت ولم تتوقف سياسات التكيف والهيكلة ولكن في حدود ما تسمح به فلسفة المشروع الخاص[٣].

التوزيع والكفاءة في الاشتراكية:

تفترض النظرية الاشتراكية أنها قادرة على توزيع الدخول بعدالة تامة؛ فبعد إلغاء الملكية الخاصة، المستغِّلة، وتسويد الملكية الاجتماعية تكون الأجور هي الشكل الوحيد (أو الغالب) للدخول الموزعة. وهذا يتسق نظرياً مع ما قررته النظرية

(١) J.K.Galbraith, American Capitalism: The Concept of Contrvailing power, CH.8./Affluent Society, CH. 10.

(٢) J.M. Keynes, The General Theory of Employment, CH.24, see also: Jacob Oser & William C. Blanchfield, op. cit; p. 427

(٣) فؤاد مرسي، الرأسمالية تجدد نفسها، ص١٧٣.

استحكمت في النظام نتيجة لهذا الواقع، ميول عدوانية تمثلت في زيادة الإنفاق العسكري والتسليح واختلاق البؤر الساخنة اللازمة لتصريف الإنتاج العسكري، وميول تبذيرية أخرى تمثلت في زيادة الإنفاق على الدعاية والإعلان وتصنيع الحاجات وتعميم أنماط استهلاكية غير رشيدة وكل ذلك احتيالاً لتحفيز الطلب واختلاقاً لفرص استثمارية جديدة[1].

إن الإنتاج الرأسمالي توجهه الأرباح وهذا يعني أن تخصيص الموارد يخضع لسلطان وسائل الدفع وحينما يملك ١٪ من السكان ٧٠٪ من الثروة كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية باعتراف (كلينتون)[2] فهذا يعني أن ٣٠٪ من الموارد تخصص لحاجات الـ ٩٩٪ البقية الباقية من السكان وهو تناشز شائن في البناء الاقتصادي والاجتماعي.

لقد أكد جالبريث (Galbraith) مراراً أن سوء التوزيع يقوض طريحة سيادة المستهلك وعقلانيته، وأن تشويه تخصيص الموارد في واقع كهذا يصبح حتماً مقضياً، فسوء التوزيع يعني استبعاد أي ترجيح للحاجات بحسب أهميتها كما يضمن احتكار الموارد لصالح الأغنياء من خلال تدعيم اقتراعهم على استخداماتها الترفية

(١) بول أ. باران وبول م. سويزي، رأس المال الاحتكاري، ص١١٩-١٤٦. تشار كارتر، في الثروة ومعناها، ص٨٣-٩٧. روجيه جارودي، البديل، ترجمة جورد طرابيشي، ص ٤٨، ٦٥.

(٢) انظر روجيه غارودي، جدل العصر، ص١٧.

جونسون (H. Johnson)إلى هذه الحقيقة وعلاقتها بالانتماء الطبقي[١].

وبالمقابل فقد حرص فِشر (Fisher)[٢] من بعد، على عرض الواقعة التوزيعية عرضاً فنياً ومحاسبياً مجرداً من كل مضمون طبقي أو اجتماعي.

التوزيع والكفاءة في الرأسمالية:

لقد أجمع كتاب الدورة الاقتصادية[٣] أمثال (مالثوس وسسموندي وهوبسن وهانسن) ووافقهم (ماركس وكينز) أيضاً، على أن سوء التوزيع: تركز الثروة، هو السبب في قصور الطلب الكلي عن تصفية العرض الكلي فيظهر الفيض العام في الإنتاج General Over Production والنقص العام في الاستهلاك General Under Consumption كوجهين لحقيقة واحدة، بكل ما يجر إليه ذلك من آثار تراكمية تقود إلى الركود .Stagnation

وكنتيجة لنفس السبب يظهر فيض في تراكم رؤوس الأموال مع ضيق فرص الاستثمار المتاحة مما يفتح الباب واسعاً أمام الساسة لتسوية مشكلاتهم الداخلية (في مواجهة البطالة) عن طريق البحث عن منافذ خارجية للاستثمار والتسويق. وهذا الواقع هو الذي ألهم (لينين) كتابه: (الامبريالية أعلى مراحل الرأسمالية)، فقد

(١) H.G. Johnson, op.cit; p.73.

(٢) Harry G. Johnson, op.cit; p.118,136.

(٣) انظر متابعة لبعض مواقف أعلام الفكر من هذه القضية في:
Jacob Oser, William C. Blanchfield, The Evolution of Economic Thought, p. 110, 160, 186, 405-410.

د- وهناك اتجاه يؤكد عدم اكتراثه بواقع التوزيع وعدالته فهذه مسألة لا تعنيهم وإنما يعنيهم فقط السعي إلى الكفاءة والاستمثال في ظل أي نمط توزيعي، وإلى ذلك ذهب باريتو (Pareto) مع توكيده للطبيعة الثابتة لتركز الثروة[1] وهو ما صدرت عنه النظرية الجزئية في تحليل الكفاءة الأمثلية[2]. وبموجب نظرية الإنتاجية الحدية أصبح التوزيع نتيجة عرضية لآلية الأسعار، فمن خلال جملة علاقات فنية منقدة تتعلق بالتكاليف والإنتاج والإيرادات يتحدد نصيب المدخل من قيمة الناتج ومن ثم يتحدد دخل ملاكه تبعاً[3].

إن نظرية الإنتاجية الحدية قد أفرغت القضية التوزيعية من أي مضمون اجتماعي وتجاهلت الطبقية الاجتماعية التي ترافق دعاواها بحوث التوزيع عادة في النظم النظرية السابقة، فمع (آدم سميث) كانت هناك أنصبة دخلية أصلية تقف خلفها ثلاث طبقات اجتماعية هي الأجر والريع والربح[4]. أما (ريكاردو) فهو وإن أقر هذه الأنصبة على مضض كأمر واقع إلا أنه كان يعتبر الريع دخلاً طفيلياً يستأثر به ملاك الأرض. وحينما يكون نصيب العمال بالاتفاق هو أجر الكفاف فإن مغزى كلام (ريكاردو) يصبح مفهوماً فالطبقة الرأسمالية هي طبقته الأثيرة!! وقد ألمح هاري

(١) Thisell, op. cit; p. 9.

(٢) R.H. Leftwich, the Price System and Resource Allocation, p.11.

(٣) Harry G.Johnson, The Theory of Income Distribution, p. 40.

(٤) A. Smith, The Wealth of Nations, p. 49-50.

الطبقات الدنيا "[1] وقد اعتبر آرو (Arrow) التدخل في نظام التوزيع واقتراح دالة موحدة للرفاهية الاجتماعية "نقضاً للديموقراطية "[2].

ج- اتجاه يؤكد أفضلية توسيع قاعدة الملكية، بل واشتراك الجميع في ثمارها، ويبلغ هذا الاتجاه مداه مع ماركس ((Marx)الذي لم ترَ (جوان روبنسون) في كل تنظيره ضد الرأسمالية أكثر من لبوس نظري لموقف أخلاقي رافض للاستغلال الذي تتسبب فيه الملكية الخاصة، وهي تستعير من (فولتير) مجازه الشهير: "بإمكانك قتل قطيع من الخراف بالسحر (نظرية القيمة) إن أطعمتها بنفس الوقت قدراً كافياً من الزرنيخ (الاستغلال) "[3] للتعبير عن هذه القناعة.

ومع (ماركس) نجد الصراع بين الطبقات الاجتماعية على أشده فهو يؤكد - يوافقه جل الماركسين- أن طبقة واحدة فقط هي التي تحرز الناتج وهي طبقة العمال أما الطبقات الأخرى فهي طبقات "متشطرة" تبتز العمال حقوقهم وتقسم بينها حصيلة أسلابها، إذ يرى أن الريع والربح والفائدة هي صور مختلفة لفائض القيمة المغتصب من العمال[4].

---

(١) C.A.Tisdell, Theory of Economic Allocation, p. 267.

(٢) Ibid; p. 256.

(٣) Joan Robinson, An Essay on Marxian Economic, p. 22.

(٤) كارل ماركس، رأس المال، ص١٠١٤-١٠٣٨.

يؤذن بانهيار الرأسمالية!!

ب- اتجاه يؤكد أفضلية تركز الثروة ويتذرع لذلك بحجج ترتبط بالكفاءة والرفاهية معاً. فمن ذلك ما ذهب إليه آرثر يونغ وادجار فرانسيس (A.Young and Edgar Furniss) حول مزية الفقر "Utility of Poverty" لأنه شرط لجدية الطبقة العاملة ولسلامة أخلاقها أيضاً، وعلى حد تعبير الأخير: "فكل أحد يعرف إلا الحمقى أن الطبقات الفقيرة يجب أن تبقى فقيرة أو أنها لن تكون مجدّة أبداً"[1].

أما ماندفيلي ((Mandeville) فيؤكد: "أن أطفال الفقراء يجب أن لا يعطوا أي تعليم على حساب المجتمع... لأن ذلك يخرب استحقاقهم للفقر "Deserving Poor"[2] قد اعتبر (الكلاسيك) تركّز الثروة شرطاً ضرورياً لتسعة أعشار الفضيلة!! فهو أساس الإدخار ولما يعقبه من تراكم رأسمالي محبذ.

ويرى ادجورث (Edgeworth) أن الناس يتفاوتون في قدراتهم على اشتقاق المنافع من الدخول التي يحصلون عليها وبالتالي "فلكي تعظم رفاهية المجتمع ومنفعته الكلية ينبغي أن يعطى الارستقراطيون دخولاً أكثر مما يعطى العوام لأن الأولين حساسون... فهم آلات استمتاع كفوءة بعكس أفراد

(١) Ekelund & Hebert, A History of Economic Theory and Method, p.40.

(٢) Ibid;p.40.

للكفاءة وإن النظام الاقتصادي في الإسلام يتفرد بكفالتهما" . وهو في سعيه لإثبات ذلك يعتمد المنهج الاستقرائي في تحليل وتقدير تجارب النظم الوضعية وكذلك في تحديد أبعاد نظام التوزيع في الإسلام وشروط عدالته، كما يعتمد أسلوب العرض النقدي الممثل للاتجاهات المختلفة في الفكر الوضعي.

الموقف من التوزيع وعدالته في الفكر الوضعي:

سنحاول ابتداءً تسليط الضوء على وجهات النظر المختلفة تجاه التوزيع، وعدالته، أو بتعبير أكثر حيادية تجاه تركز الثروة وتباين الدخول لأن البعض يرى أن ذلك لا يعارض العدالة بل ربما يكون شرطاً لها، فالعدل عندهم مفهوم نسبي، وإذاً فالتعبير الأسلم هو ذلك الذي يوصف قاعدة المستفيدين من مائدة التوزيع قبضاً وبسطاً، وفيما يلي أبرز وجهات النظر تلك:

أ- اتجاه يؤكد جبرية القوانين الاقتصادية التي تحكم التوزيع، وقد كان (ريكاردو) أبرز من صرّح بذلك، إذ يشير إلى أن المهمة الرئيسية لعلم الاقتصاد هي الكشف عن القوانين التي تحكم توزيع الثروة بين طبقات المجتمع[1]. وهو يبين- يوافقه في ذلك الكلاسيك عموماً- إن عوائد الطبقات الاجتماعية محكومة بقوانين جبرية لا يستطيع الناس لها صرفاً ولا عدلاً وغاية ما يفعله الاقتصاديون هو الوعي بها؛ فمن ذلك تقريره القانون الحديدي في الأجور ونظريته في الريع المتزايد بتطور المجتمع، ليخلص من هذا (الداينمك) إلى تناقص الربح الذي

---

(١) D. Ricardo, The Works and Correspondence of David Ricardo, p.5.

مقدمــة:

ظل الفكر الاقتصادي ينظر باستمرار إلى الكفاءة الاقتصادية باعتبارها قضية واقعية، فقد قام الإجماع بين مدارسه على أن قدرة النظام الاقتصادي على إحراز الطيبات التي تشبع احتياجات المجتمع هي أبرز معالم تفوقه، لكن الموقف مختلف تماماً تجاه التوزيع وعدالته إذ اعتبر قضية مذهبية تختلف النظرة إليها باختلاف النظم، ولا صلة لها بالكفاءة الاقتصادية، وقد ساعد في إرساء هذه النظرة الانحسار الذي شهدته المعيارية عموماً تجاه المد الواقعي. لذا فإن العدالة التوزيعية قد أصبحت واحدة من الموضوعات المهملة لدى الاقتصاديين الواقعيين، أو أنهم قد أوكلوا مهمة الاعتناء بها إلى مهندسي السياسات الاجتماعية وصانعي القرارات السياسية، إلا أن تجارب الواقع أثبتت أن الانفصام بين العدالة التوزيعية والكفاءة مسألة مصطنعة، وأن أنصار الواقعية في تمثّلهم الحيادية لا يزالون ينكرون الجزء الغاطس من المشكلة الاقتصادية ألا وهو البعد الاجتماعي، وإن تساؤل النظام الاقتصادي عمَّ ينتج؟ وكيف ينتج؟ ليس بأولى من تساؤله: لمن ينتج؟.

ويهدف هذا البحث إلى تحديد معالم النظام التوزيعي في الإسلام في إطار مقارن مع النظم والمذاهب الوضعية التي ثبت قصورها عن تحقيق الكفاءة الاقتصادية لافتقارها إلى الشروط المبدئية والمؤسسية اللازمة للعدل التوزيعي.

فالبحث **يعالج فرضية أساسية** خلاصتها: "إن عدالة التوزيع شرط ضروري

ملخص البحث

يهدف البحث إلى تحديد معالم النظام التوزيعي في الإسلام في إطار مقارن مع النظم والمذاهب الوضعية التي ثبت قصورها عن تحقيق الكفاءة الاقتصادية لافتقارها إلى الشروط المبدئية والمؤسسية اللازمة للعدل التوزيعي من خلال معالجة فرضية أساسية خلاصتها: " أن عدالة التوزيع شرط ضروري للكفاءة وأن النظام الاقتصادي في الإسلام يتفرد بكفالتهما" . وهو في سعيه لإثبات ذلك يعتمد المنهج الاستقرائي في تحليل وتقدير تجارب النظم الوضعية وكذلك في تحديد أبعاد نظام التوزيع في الإسلام وشروط عدالته، كما يعتمد أسلوب العرض النقدي الممثل للاتجاهات المختلفة في الفكر الوضعي.

عدالة التوزيع والكفاءة الاقتصادية
في النظم الوضعية والإسلام

"نظرة مقارنة"

إعـــداد

د . عبدالجبار حمد عبيد السبهاني *

---

* كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية/ قسم الاقتصاد -جامعة آل البيت -المفرق - الأردن



- Jean- Marie Desjardins : sur les conditions d'application de la période d,essai prévue par une convention collective. dr. soc Mai 1995. P.454.
- Jean Savatier : A pplication á la durée d'une période d'essai de l,effet immédiat des conventions collectives. dr. soc. janv 1998.P.12.
- P. Durand : Tome 2.
- Ph. Langois : obs. sous. soc. 22 fév 1979. D. 1979. inf. rap. 424.
- Planiol; Ripert et Hamel : traité pratique de droit civil francais. tome. x.
- Ph.Auvergnon : les ruptures en période d'essi. dr. soc. sept-oct. 1992.P.796.
- R. Demogue : Les contrats provisoires. Etudes en droit civil á la memoire d'Hennrie capitant.
- Ribettes et Wibault : La période d'essai dans les conventions collectives. dr. soc. Mai. 1968.P. 299.
- Rouast : Note sous. 16 Nov 1927. D. P. 1928.33.

سنة ١٩٨٥ . بدون ناشر . القاهرة .

- محمود جمال الدين زكي . عقد العمل في القانون المصري . الهيئة المصرية العامة للكتاب . الطبعة الثانية . سنة ١٩٨٢ . القاهرة .
- همام محمد محمود . قانون العمل . عقد العمل الفردي . دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية . سنة ١٩٩٨ .

ثانياً المراجع باللغة الفرنسية :

- Alain Caille : La rupture du contrat de travail comment faire. collection dirigé par. Emmanuel Blanc.
- André Brun et Hennri Galland : droit du travail 2 éd . T.I. les rapports individuels de travail. sirey. Paris. 1978.
- Antoine Colens : Le contrat D'emploi. 4' éd. Brux 1967.
- G.H. camerlynck : droit du travail. Le contrat de travail . 2e. éd. Dalloz. 1982.
- G.H. camerlynck. encycl. D.contrat de travail. (conclusion). Art. 1976.
- G.Boldt; G. Camerlynck; P.Horion; A. Kayser; M.G. Levenback et L.Mengoni : Le contrat de travail dans le droit des pays. membres. de la C.E.C.A.Dalloz et sirey. Paris.
- Gérard Lyon-caen ;jean Pélissier et Alain supiot : droit du travail. 17e éd. 1994. Dalloz.
- Guy Poulain : La liberté de rupture en période d'essai dr. soc. Nov.1980.P.469.
- Héléne sinay : Le travail á l,essai. dr. soc. Mars 1963. P.150.
- Jean-claude javillier. mamuel droit du travail. 5e éd L.G.D.J.1990.
- Jean carbonnier : obs. Sous. soc. 15 janv. 1946. dr. soc. 1946.P.36.
- J.Mouly. Note. sous soc 2 juin 1981. D.1982.p 206.
- J.M.Béraud. obs.sous. soc. 14 Mars 1983. .D.1984.inf. rap. 163.

- عبد الرازق حسن فرج . شرح قانون العمل . سنة ١٩٩٢ بدون ناشر . القاهرة .
- عبد الناصر العطار . شرح أحكام قانون العمل . سنة ١٩٨٨ . القاهرة .
- عبد الودود يحيي . شرح قانون العمل . دار الفكر العربي بدون تاريخ . القاهرة .
- عصمت الهواري . الموسوعة القضائية في منازعات العمل . الجزء الأول سنة ١٩٥٩/ ١٩٦٠ . بدون ناشر . القاهرة .
- علي حسين نجيدة . الوجيز في قانون العمل والتشريعات الاجتماعية لدولة الإمارات العربية المتحدة . مطبوعات كلية شرطة دبي . الطبعة الأولى سنة ١٩٩٧/ ١٩٩٨ .
- فتحي عبد الرحيم عبدالله . مباديء في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية . مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة . بدون تاريخ .
- فتحي عبد الصبور . الوسيط في قانون العمل . الجزء الأول سنة ١٩٨٥ . بدون ناشر . القاهرة
- محمد علي عمران . الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد . مكتبة سعيد رأفت بالقاهرة بدون تاريخ .
- محمد لبيب شنب . شرح قانون العمل . دار النهضة العربية . الطبعة الرابعة . سنة ١٩٨٣ . القاهرة
- محمد عزمي البكري . مدونة الفقه والقضاء في قانون العمل . الجزء الأول .

مراجع البحث

أولاً – المراجع باللغة العربية :

- أحمد حسن البرعي . الوسيط في القانون الاجتماعي . الجزء الأول . دار النهضة العربية بالقاهرة سنة ١٩٩٧ .
- أحمد شوقي المليجي . الوسيط في التشريعات الاجتماعية . سنة ١٩٨٤ . بدون ناشر . القاهرة .
- اسماعيل غانم . قانون العمل . مكتبة عبدالله وهبة . سنة ١٩٦١ بالقاهرة .
- توفيق حسن فرج . قانون العمل في القانون اللبناني والقانون المصري الجديد . الدار الجامعية . سنة ١٩٨٦ . الاسكندرية .
- حسام الدين كامل الأهواني . شرح قانون العمل . سنة ١٩٩١ . بدون ناشر . القاهرة .
- حسن كيرة . أصول قانون العمل . عقد العمل . منشأة المعارف بالاسكندرية . الطبعة الثالثة . سنة ١٩٧٩ .
- حسن بسيوني، وسمير السلاوي . قضاء العمل . دار الثقافة الجديدة بالقاهرة . الطبعة الأولى . سنة ١٩٨٢ .
- حسن الفكهاني . المدونة العمالية في قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية . بدون تاريخ . القاهرة .

- نقترح وجوب الإخطار السابق على الإنهاء في فترة الاختبار إذا استمر العامل في العمل حتى النصف الثاني من فترة الاختبار . إذ أن ذلك يولد لديه - غالباً - الطمأنينة والاعتقاد على الاستمرار في العمل، وتتلاشى لديه تدريجياً فكرة انهاء العقد. ولعل هذا هو منهج اتفاقيات العمل الجماعية في فرنسا فضلاً عن بعض الأحكام القضائية التي تأيدت من بعض الفقهاء .

- نقترح إلغاء المادة ٤٣ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ في مصر التي تجعل فترة الاختبار قد قضيت بنجاح إذا استدعى العامل خلالها للخدمة العسكرية . حيث أن المنطق القانوني يقضى بوقف المدة خلال فترة الاستدعاء للخدمة العسكرية . أما القول بأن فترة الاختبار قد قضيت بنجاح ففيه مخالفة للمنطق القانوني وقواعد العدل .

- نرى أن النص في القانون المصري والإماراتي على حظر تعيين العامل بشرط الاختبار أكثر من مرة عند رب عمل واحد ، لايمنع من تعدد عقود العمل تحت الاختبار مادام قد رُوعي الحد الأقصى المقرر قانوناً .

- نرى أن الأساس القانوني لإنهاء عقد العمل في فترة الاختبار هو كون العقد غير لازم . وبالتالي يجوز العدول عنه من جانب من تقرر شرط الاختبار لمصلحته . وهذا هو التأصيل القانوني الذي انتهينا إليه في تكييف عقد العمل بشرط الاختبار لأنه يتفق مع المنطق القانوني للعقد في هذه الفترة فضلاً عن اتفاقه مع الفقه الإسلامي الذي يأخذ بالعقد غير اللازم .

- يذكر للقانون المصري أنه عبر عن عدم اجتياز العامل بنجاح لفترة الاختبار بمصطلح " عدم صلاحية العامل " . إذ أن الصلاحية تشمل الصفات الفنية إلى جانب الصفات الإنسانية التي لا تقل في الأهمية عن الأولى إن لم تتفوق عليها بالنسبة لبعض العمال الذين يحتلون قمة السلم الوظيفي في العمل .

الاتفاقيات الجماعية نصاً مخالفاً .

ولذلك فإننا انتهينا إلى أن شرط الاختبار لا يمكن أن يستفاد من إحالة رب العمل في عقد العمل على لائحة التنظيم الداخلي للعمل والتي تنص على أن عقود العمل تكون بشرط الاختبار . لأن هذه اللائحة الداخلية قلما يحاط العامل علماً بها قبل الانخراط في العمل . في حين أن شرط الاختبار يجب أن يتفق عليه كتابة وقت إبرام العقد .

- ننبه إلى خطورة ظاهرة الأعراف المهنية في فرنسا بشأن فترة الاختبار . مما جعل الفقه الفرنسي نفسه يطالب بضرورة الإثبات الكتابي لعقد العمل بشرط الاختبار للحد من دور العرف .

- يذكر للقانون المصري تحديده لفترة الاختبار بثلاثة شهور . وهي فترة معقولة تكفي للتحقق من مدى كفاءة العامل . وهو بذلك يفضل القانون الإماراتي الذي جعلها ستة أشهر وهي – في رأينا – مدة طويلة نسبياً . كما أنه يفضل يقيناً القانون الفرنسي الذي لم ينص على تحديد مدة للاختبار مما جعل القضاء الفرنسي يتدخل لحماية العامل من مدة الاختبار المغالى فيها . ولكن لا شك فإنه من المنتظر التدخل التشريعي لحماية العامل في هذا الصدد لأن من شأنه توحيد الأحكام القضائية في شأن المدة .

خاتمة
بأهم نتائج البحث

بعد أن انتهينا من دراسة موضوع حماية العامل في فترة الاختبار فإننا نشير إلى النتائج الهامة الأتية :

- تفضيلنا لمصطلح عقد العمل بشرط الاختبار على مصطلح عقد العمل تحت الاختبار إذ إن هذا المصطلح الأخير يثير اللبس، ذلك لأنه قد يوحي بأن هناك عقدين : عقد اختبار، ثم عقد عمل، في حين أن الحقيقة أن هناك عقد عمل واحد يتضمن فترة اختبار ولذلك فإن الفقه الحديث يتكلم عن فترة اختبار في عقد عمل.
- نرى وجوب أن يكون الاتفاق على شرط الاختبار صريحاً في عقد العمل. وإلا وجب تفسير العقد بأنه عقد عمل عادي. لأن هذا هو ما يتفق مع نص القانون المصري الذي أوجب تحرير مدة الاختبار في عقد العمل. كما أن هذا هو ما يتفق مع قواعد التفسير. فضلاً عن أن ذلك يحقق حماية العامل وهو الطرف الضعيف في العقد .
- إن القانون المصري يفضل القانون الفرنسي من ناحية وجوب الإثبات الكتابي لشرط الاختبار من جانب صاحب العمل، وإلا كان العقد عقد عمل عادي. على خلاف القانون الفرنسي الذي أجاز الإثبات بكافة الطرق ما لم تتضمن

الآثار السيئة الناجمة عن المباغتة والمفاجأة للعامل .

٧٣ – أثر انقضاء فترة الاختبار بدون ممارسة حق الإنهاء :

إذا انقضت فترة الاختبار دون أن يعلن أحد المتعاقدين إرادته في إنهاء العقد إلى المتعاقد الآخر . فإن العقد يستمر في ترتيب كافة آثاره القانونية ، إلا أنه لم يعد في الإمكان إنهائه إلا طبقاً لقواعد إنهاء العقد غير المحدد المدة ، أو طبقاً لقواعد العقد المحدد المدة إذا كان الطرفان قد حددا مدة معينة للعقد [١] .

ولذلك فإن أقدمية العامل ترجع إلى وقت بدء العمل ، كما أن الأجر المتفق عليه أثناء فترة الاختبار يظل سارياً كما هو دون أن يستطيع القاضي زيادته إلا باتفاق الطرفين [٢] . حيث يجوز الاتفاق على زيادة الأجر بعد اجتياز فترة التجربة بنجاح [٣] .

---

(١) جمال زكي ص ٦٩١ ، حسام الأهواني . رقم ٣٦٢، أحمد البرعي . ص ٤٨٤ ، محمد حلمي مراد . رقم ٢٠٤ . وكذلك . محكمة القاهرة الابتدائية ١٢/ ٢/ ١٩٥٢ . مجلة المحاماة . س ٣٣، عدد ٨ ص ١٢٩٦ ، محكمة شئون العمال الجزئية بالقاهرة في ١٥/ ١٢/ ١٩٥٩ . رقم ٢٤٦٧ لسنة ١٩٥٩ . موسوعة الهواري القاعدة رقم ٦٨ ص ٧٥ . وفي فرنسا :
Camerlynck.contrat du travail No 167;encycl. D.No151; soc. 13 déc 1961. D.1962. somm 64.

(٢) Soc.21 juin 1957. Bull. civ. 1v. No748.

(٣) Soc. 11 oct 1962. Bull. civ. 1v. No 712.

دون إنهاء العقد . ذلك لأنه إذا كان في بداية فترة الاختبار ينتظر بين لحظة وأخرى إنهاء العقد، فإنه لاشك بعد أن يمضي نصف فترة الاختبار يتولد لديه اعتقاد على استقراره في العمل، وتتضاءل لديه فكرة التكهن بانهاء عقده [١] . ولذلك يجب اخطاره سلفاً للتخفيف من آثار النتائج السيئة للإنهاء وكذلك لانتفاء عنصر المفاجأة والمباغتة للعامل [٢].

ولقد حكمت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بأن رب العمل يكون قد أوفى بالتزامه بالإخطار إذا وجه خطاباً مسجلاً للعامل يخبره فيه برغبته في الإنهاء [٣] وذلك حتى لو لم يستلم العامل هذا الخطاب بسبب أفعال صدرت منه تنم عن سوء نيته .

وإذا أخل رب العمل بالتزامه بالإخطار السابق حين يكون واجباً فإنه يكون ملتزماً بالتعويض [٤] .

ولاشك في رأينا أن الإخطار السابق يجب أن يُوضع موضع الاعتبار خاصةً إذا كانت مدة الاختبار طويلة حيث يتولد اعتقاد لدى العامل بالاستقرار في العمل ويتلاشى لديه الاعتقاد بإنهاء العقد، ولذلك فالإخطار في هذه الحالة يخفف من

---

(١) Sinay.p.160.

(٢) Ribettes et wibault. p.304; Camerlynck. encycl. D.No 142

(٣) Soc. 25 oct 1965. Bull. civ. iv. No 698.

(٤) Soc.30 juin 1976.Bull.civ. V.332.

أوجب فترة اخطار سابقة على الإنهاء مادام أن العامل له أقدمية لأكثر من ستة شهور بدون تمييز بين عامل وغيره . ولاشك أن قواعد التفسير القانونية تقرر أن العام يبقى على عمومه ما لم يرد ما يخصصه وأن المطلق يبقى على إطلاقة ما لم يرد ما يقيده . ومع ذلك فإننا ننوه إلى أنه إذا كانت مدة الاختبار تقل عن ستة شهور فإنه لا يجب الإخطار السابق في هذه الحالة .

٧٢ – وجوب الإخطار بمقتضى الاتفاق أو الاتفاقيات الجماعية :

لاشك أن الإعفاء من الإخطار ليس من جوهر فترة الاختبار ، ولذلك يجوز للطرفين الاتفاق على وجوب الإخطار السابق على ممارسة الإنهاء . بالإضافة إلى أن بعض الاتفاقيات الجماعية قد تفرض الإخطار عند إعلان الرغبة في إنهاء العق في فترة الاختبار .

وبناء على ذلك اعترف الفقه [١] والقضاء [٢] بصحة الشروط الاتفاقية التي تنص على وجوب الإخطار .

كما أن الكثير من الاتفاقيات الجماعية للعمل في فرنسا تنص صراحة على وجوب مهلة اخطار تحتسب من وقت إعلان صاحب العمل رغبته في الإنهاء وإلا التزم بالتعويض . وخاصة إذا كان العامل قد أمضى نصف فترة الاختبار المتفق عليها

---

(١) Alain Calle No 287; camerlynck .No 164.

(٢) Coc. 14 oct 1964. Bull. civ.1 V. 548.

Soc. 25 fév 1954. dr. soc. 1954. 357.

بمعصية واجبة[1].

ولا شك أن المغالاة بالمهور إذا أدت إلى العزوف عن الزواج، أو عدم الرغبة فيه، لظهور الفقر في المجتمع، تكون مفسدة ينهى عنها الشارع، وهي خلاف مقاصد الشريعة[2].

وبناءً على هذا يجوز لولي الأمر تحديد الحد الأعلى للمهور، إذا رأى أن هذا يحقق مصلحة شرعية والله أعلم.

شبهة وردها:

إن قيل إن تحديد المهور يتنافى مع ما رواه أبو يعلى عن مسروق، أن سيدنا عمر رضي الله عنه، لما أراد تحديد المهور، اعترضته امرأة من قريش، فقالت يا أمير المؤمنين نهيت الناس أن يزيدوا في مهر النساء على أربعمائة درهم، قال: نعم، فقالت أما سمعت ما أنزل الله في القرآن، قال وأي ذلك؟ فقالت أما سمعت الله يقول: ﴿وآتيتم إحداهن قنطاراً﴾ فقال: اللهم غفراً، كل الناس أفقه من عمر، ثم رجع فركب المنبر، فقال: أيها الناس إني كنت نهيتكم أن تزيدوا النساء في صدقاتهن على أربعمائة درهم، فمن شاء أن يعطي من ماله ما أحب، قال أبو يعلى: وأظنه قال: فمن طابت نفسه فليفعل. إسناده جيد قوي[3].

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢/ ١٨٥، ٢/ ١٧٢.

(٢) السياسة الشرعية: د. عبدالفتاح عمرو، ص٧١.

(٣) تفسير ابن كثير: ١/ ٤٦٧.

والجواب: أن أصل قول سيدنا عمر رضي الله عنه كما رواه الترمذي «ألا لا تغالوا صدُق النساء»[1] ورواه النسائي عنه بلفظ «ألا لا تغلوا صُدُق النساء»[2]، والظاهر كما يقول د. عبد الفتاح عمرو، أن هذه الزيادة في قصة المرأة، لا تصلح سنداً ولا متناً؛ لأنها جاءت من روايات مختلفة، بعضها ضعيف، وبعضها فيه انقطاع[3].

على أن غاية ما تفيد الآية الإباحة، وليس كلامنا فيها، بل في تحديده سياسة، وإلزام الناس العمل به من قبل ولي الأمر مصلحة، وعدول سيدنا عمر على فرض صحة هذه الزيادة، لا يدل على عدم جواز التحديد، كما عدل سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التسعير، وقد قال جمهور الفقهاء بجواز إلزام الناس به من لدن ولي الأمر، إذا رأى مصلحة فيه، بموجب شروط ذكروها[4].

---

(١) انظر: تحفة الأحوذي ٤/ ٢٥٥.

(٢) انظر: سنن النسائي بشرح السيوطي.

(٣) السياسة الشرعية: ص٧٠.

(٤) انظر: الموسوعة الفقهية: ١١/ ٣٠٢-٣٠٧.

المبحث الثاني
النفقة

المطلب الأول
تعريفها وحكمها

النفقة في اللغة مشتقة من النَفَاق، يقال: نَفَق البيع نفاقاً: راج، أو من النَفُوق وهو الموت، يقال نفق: الرجل والدابة: مات، والنفقة: ما تنفقه من الدراهم ونحوها[1].

أما في الاصطلاح: فهي اسم للطعام والكسوة والسكن، إلا أنها غالباً ما تستعمل في عرف الفقهاء بمعنى الطعام، ولذا يعطفون عليها الكسوة والسكن، والعطف للمغايرة[2]. والذي سنعتمده في بحثنا هذا هو التعريف الأول العام.

أما حكمها: فلا خلاف بين الفقهاء في وجوبها على الزوج[3]، وهو ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن

(١) ترتيب القاموس المحيط: ٤/ ٤١٨، الصحاح ٤/ ١٥٦٠.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٧٢، شرح منح الجليل للشيخ محمد عليش: ٢/ ٤٣٠.

(٣) انظر: المغني: ٨/ ١٥٦.

بالمعروف﴾[1]، ومن السنة ما رواه مسلم من حديث جابر «اتقوا الله في النساء؛ فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة من الله، ولهنّ عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[2].

والنفقة إنما تجب للزوجة بنكاح صحيح، مسلمة كانت أو كتابية، فقيرة أو غنية[3]. فإن نشزت سقطت نفقتها[4].

المطلب الثاني
في سبب وجوبها

اختلفت أنظار العلماء في تحديد سبب وجوب نفقة الزوجة، فذهب الشافعية والمالكية والحنابلة وكثير من الحنفية[5]، إلى أن سبب وجوبها هو النكاح، وهو كونها زوجة له، واستدل لهم في البدائع[6] بقوله تعالى: ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾[7]، أوجب النفقة عليهم

(١) البقرة: ٢٣٣.

(٢) نصب الراية: ٣/ ٥٠.

(٣) انظر: الدرالمختار: ٣/ ٥٧٢-٥٧٤.

(٤) انظر: تبيين الحقائق: ٣/ ٥٢.

(٥) انظر: روضة الطالبين ٩/ ٤٠، شرح الزرقاني لمختصر الخليل ٤/ ٢٤٤، المغني ٨/ ١٥٧، البحر الرائق: ٤/ ١٨٨، فتح القدير ٤/ ٣٧٨.

(٦) لم أجد أدلة صريحة لهم في كتبهم.

(٧) النساء: ٣٥.

لكونهم قوامين، والقوامية تثبت بالنكاح، فكان سبب النفقة النكاح[1].

نفقة النكاح:

وذهب الكاساني من الحنفية إلى أن سبب وجوبها هو الحبس الثابت بالنكاح، ونسبه لظاهر الرواية[2]، بمعنى أن النفقة عوض عن احتباسها لمصلحة الزوج، وكل محبوس لمنفعة غيره يلزمه نفقته، كالقاضي والوالي، فلهم ما يكفيهم ويكفي من تلزمهم نفقتهم من بيت المال؛ لاحتباهم في مصلحة المسلمين[3]. والذي يظهر لي أن الخلاف بين الرأيين لفظي؛ لأن كلاً من الحبس والنكاح متلازمان من حيث التحقق، وإن كان النكاح متقدماً من جهة التعقل، فلا ثمرة لهذا الاختلاف.

المطلب الثالث

متى تجب النفقة؟

اختلف الفقهاء في وقت وجوب النفقة على الزوج وكما يلي:

الحنفية: تجب النفقة على الزوج من حين العقد وإن لم تنتقل الزوجة إلى منزله بشرطين:

١-أن يكون العقد صحيحاً.

---

(١) انظر: البدائع ٤/ ١٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٣.

٢- أن تكون الزوجة مطيقة للوطء، أو تشتهى له[١].

جاء في فتح القدير: فإن طلبه ـ الوطء ـ فإن امتنعت لحق لها كمهرها، لم تسقط، وإن كان لغير حق سقطت لنشوزها[٢].

المالكية: قال الشيخ محمد عليش: تجب النفقة لزوجة ممكنة، مطيقة للوطء، فلا تجب لغير ممكنة، ولا لغير مطيقة لصغر أو رتق[٣].

الشافعية: تجب النفقة في الجديد من مذهب الإمام الشافعي بالتمكين التام، ومنه أن تقول مكلفة، أو سكرانة، أو ولي غيرهما: متى دفعت المهر الحالّ سلمت[٤].

الحنابلة: قال ابن قدامة: إن المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين:

الأول: أن تكون كبيرة يمكن وطؤها.

الثاني: أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها[٥].

الظاهرية: قال ابن حزم: النفقة تجب بالعقد، دعا إلى البناء أو لم يدع، ولو أنها في المهد، ناشزاً كانت أو غير ناشز، غنية أو فقيرة، لقوله ﷺ " ولهنّ عليكم

(١) انظر: فتح القدير ٤/ ٣٧٩، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٧٢-٥٧٤.

(٢) فتح القدير: ٤/ ٣٧٩.

(٣) شرح منح الجليل ١/ ٤٠٢.

(٤) انظر: تحفة المحتاج ٨/ ٣٢١-٣٢٢.

(٥) المغني: ٨/ ١٨٢.

رزقهن وكسوتهن بالمعروف " وهذا يوجب النفقة من حين العقد[1].

المناقشة والترجيح:

من خلال متابعة كلام فقهاء المذاهب المار في هذه المسألة، يتبين أن القدر المتفق عليه بينهم، أن النفقة تجب بالتمكين إذا صلحت الزوجة له، بأن لا تكون صغيرة، وليس ثمة مانع، كإمساك الزوج المعجل من المهر، وأن التمكين لا يكون إلا من جانب المرأة؛ لأنه صفتها.

ويبرز الخلاف فيما لو لم تبذل التمكين مع كونها مطيقة للوطء، وكان العقد صحيحاً، ففي هذه الصورة تجب، النفقة عند الحنفية، ولا تجب عند غيرهم؛ لعدم وجود التمكين.

والذي يظهر لي، ترجيح مذهب الحنفية؛ لأن النفقة هي مقابل الاحتباس، والزوجة محبوسة لحق الزوج من حين العقد، ألا يرى أنها بمجرد العقد لا تحل للأزواج، كونها منكوحة الغير، ويكفي وجود التمكين حكماً، حتى لو طلبه الزوج، فامتنعت دون موجب شرعي سقطت نفقتها.

أما استدلال ابن حزم على وجوب النفقة بالعقد، ولو الزوجة صغيرة، أو ناشزاً، بظاهر قوله ﷺ " ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف " فليس بتام؛

---

(١) المحلى: ١٠/٨٨.

لأن مرجع الضمير (ولهنّ) النساء اللاتي حلّت فروجهن، لأن أصل الحديث كما رواه مسلم عن جابر قد ورد بهذا اللفظ : " فاتقوا الله في النساء، فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه...الحديث " فيكون مرجع الضمير : النساء اللاتي حلّت فروجهن، والتي لا تطيق الوطء لا يحل فرجها؛ لأنه إهلاك أو طريقه[1].

ويندفع قوله بوجوب النفقة للناشز، بما قررناه في المطلب الثاني، أن سبب النفقة هو الزوجية، والفقه فيه هو احتباس المرأة لحق الرجل، كالقاضي المحبوس لمصلحة المسلمين، وبالنشوز يفوت هذا المعنى فتسقط النفقة.

المطلب الرابع
أصناف النفقة

تبين لنا من خلال المطلب الأول، أن النفقة اسم يشمل الطعام والكسوة والسكنى، وفيما يلي استعراض لكلام الفقهاء، لنرسم من خلالها صورة واضحة لأصناف النفقة.

الحنفية : الطعام غير مقدر عندهم، فإن كانا موسرين فتجب نفقة اليسار، وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار، وإذا كان أحدهما معسراً والآخر موسراً، فعلى ظاهر

---

(١) انظر : فتح القدير ٨٨/١٠.

الرواية الاعتبار لحال الرجل، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قُدِرَ عليه رِزْقُه فلْيُنْفِق مما آتاه الله﴾[1]، أما على المفتى به، فتجب نفقة الوسط في المسألتين، وهو فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة[2].

ويجب كذلك على الزوج تهيئة أدوات المنزل، قال في الدر: (ويجب عليه آلة طحن وخبز، وآنية شراب وطبخ، ككوز وجرة وقدر ومغرفة)، وكذا سائر أدوات البيت، كحصر ولبد وطنفسة[3].

والظاهر أن جميع ما ذكر يرجع تحديده وتقديره للعرف، وحال الزوج، كما هو موجب ظاهر الرواية، وهو أرجح من المفتى به المشار إليه فيما سبق؛ لأنه يتعانق مع ظاهر قوله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة..﴾الآية.

قالوا وتفرض الكسوة للزوجة في كل نصف حول مرة؛ لتجدد الحاجة حراً وبرداً[4]، والذي يستفاد من كلام ابن عابدين، أنه لا تفرض لها كسوة جديدة إلا إذا تخرقت الأولى[5]، فقضية التقدير بنصف الحول، نظراً إلى العرف والعادة بالتخزين، وقال: واعلم أن تقدير الكسوة مما يختلف باختلاف الأماكن والعادات،

---

(١) الطلاق: ٧.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٥٧٤-٥٧٥.

(٣) الدر المختار: ٣/ ٥٧٩.

(٤) الدر المختار: ٣/ ٥٨٠.

(٥) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٥٨٨.

فيجب على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف في كل وقت ومكان[1] .

وتجب لها السكنى في بيت خال عن أهله ؛ لأنها تتضرر بمشاركة غيرها فيه ، وبقدر حالهما ، والمراد من البيت هو البيت المنفرد ، ولو كان ضمن دار ، وزاد بعض فقهاء الحنفية أن يكون لهذا البيت كنيف ومطبخ ، وقال ابن عابدين معلقاً عليه : «قلت وينبغي أن يكون هذا في غير الفقراء ، الذين يسكنون الربوع والأحواش ، بحيث يكون لكل واحد بيت يخصه ، وبعض المرافق المشتركة ، كالخلاء والتنور وبئر الماء[2]» .

وفي نهاية هذه الجولة ، لا بد أن نعلم بأن المرأة تملك الطعام والكسوة المفروضين لها ، دون السكنى ، فإن المفروض فيها الإباحة . قال صاحب الدر : (ولا ترد) النفقة والكسوة (المعجلة) بموت أو طلاق ، عجلها الزوج أو أبوه ، ولو قائمة ، به يفتى[3] .

الشافعية : أصناف النفقة عندهم ستة :

الأول : الطعام ، على الموسر مدان ، والمعسر مد ، والمتوسط مد ونصف .

الثاني : الأدم ، وجنسه غالب أدم البلد ، من الزيت والشيرج والسمن ، والتمر والجبن وغيرها ، ويختلف باختلاف الفصول . ولها على الزوج آلات الطبخ والأكل والشرب .

---

(١) المرجع السابق : ٣/ ٥٨٠ .

(٢) انظر : الدر مع الحاشية : ٣/ ٥٩٩-٦٠٠ .

(٣) الدر المختار : ٣/ ٥٩٦ .

الثالث : الخادم، إن كانت من الصنف اللواتي لا يخدمن أنفسهن في عادة البلد.

الرابع : الكسوة وتجب على قدر الكفاية، وأما عدد الكسوة، فيجب في الصيف، قميص وسراويل وخمار، وما تلبسه في الرجل، وفي الشتاء تزداد جبة محشوة.

وأما الفرش، فعلى الزوج أن يعطيها ما فرشه للقعود عليه، ويختلف ذلك باختلاف حال الزوج.

الخامس : آلات التنظيف، كالمشط والدهن، والرجوع في قدرها إلى العادة.

السادس : الإسكان، فيجب لها سكن يليق بها في العادة، وله إسكانها في المملوك، والمستأجر، والمستعار بلا خلاف.

ويجب التمليك في الطعام والأدم، وما يستهلك من آلة التنظيف كالدهن، فإذا أخذت نفقتها، فلها التصرف فيها بالبيع والهبة وغيرها، لكن لو قترت على نفسها بما يضرها فله منعها، ونفقة الخادم يجب فيها التمليك أيضاً، أما ما ينتفع به مع بقاء عينه، كالكسوة ففيها وجهان، أحدهما لا يجب تمليكها، بل يكون إمتاعاً، وأصحهما وينسب إلى النص يجب تمليكها، أما السكن فيجب فيه الإمتاع لا التمليك[1].

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٩/ ٤٠-٥٥، تحفة المحتاج ٨/ ٣٠٢-٣٢٠.

المالكية: يجب لزوجة ممكنة مطيقة للوطء قوت، أي طعام مقتات من بر أو غيره، بحسب العادة، وإدام من لحم وغيره بالعادة، وكسوة وسكن بحسب العادة الجارية بين أهل بلدهما، بقدر وسعه وحاله، قالوا فيفرض لها الماء لشربها ووضوئها وغسلها، والزيت والحطب والملح واللحم المرة بعد المرة، ويفرض لها الحصير، وسرير احتيج إليه، وزينة تستضر بتركها، ككحل ودهن معتادين ومشط، ويجب عليه إخدامها، إن كانت من ذوات القدر، أما الكسوة فتفرض لها مرتين في السنة إن خلقت، فإن لم تخلق، وكان فيها كفاية العام الاول، فلا تفرض لها[1]. ويجوز للزوج إعطاء الثمن للزوجة، عوضاً عما لزمه من الأعيان المتقدمة[2].

الحنابلة: جملة الأمر أن المرأة إذا سلمت نفسها إلى الزوج، على الوجه الواجب عليها، فلها عليه جميع حاجاتها، من مأكول وملبوس ومسكون، وهي معتبرة بحال الزوجين، وإن كان أحدهما موسراً، والآخر معسراً، فعليه نفقة المتوسطين، ويرجع في تقدير الواجب إلى اجتهاد الحاكم، ويجب لها ما تحتاجه من المشط والدهن لرأسها، وعليه ما تحتاج إليه للنوم من الفراش، واللحاف والوسادة، كل حسب عادته[3].

(١) انظرشرح منح الجليل- الشيخ محمد عليش ٢/ ٣٠٢-٣٢٠.

(٢) انظر: شرح منح الجليل للشيخ محمد عليش ٢/ ٣٠٢-٣٢٠.

(٣) انظر: المغني: ٨/ ١٥٦-١٥٩.

وذكر ابن رجب: أن اشتراط النفقة والكسوة في العقود، يقع على وجهين: معاوضة، وغير معاوضة، فأما المعاوضة، فتقع في العقود اللازمة، ويملك فيها الطعام والكسوة، ومن هذه العقود النكاح، فإن النفقة والكسوة فيه عوض عن تسليم المنافع، ولا يحتاج إلى شرطها في العقد[1].

الظاهرية: ينفق الرجل على امرأته عندهم على قدر حاله، وتجب لها النفقة مياومة؛ لأنه هو رزقها، فإن أعطاها أكثر، فإن ماتت، أو طلقها قبل أن يطأها، أو تمت عدتها وعندها فضل يوم، قضي عليها برده.

وأما الكسوة فإنها إذا وجبت لها فهي حقها، وإذ هو حقها فهو لها، وأما الوطاء والغطاء فبخلاف ذلك؛ لأن عليه إسكانها، فإذ عليه إسكانها، فعليه من الفرش والغطاء ما يكون دافعاً لضرر الأرض عن الساكن فهو له. ويلزمه إسكانها على قدر طاقته[2].

الاستنتاج:

يستفاد من هذا الاستعراض لكلام فقهاء الشريعة جملة أمور:

١- أن عقد النكاح سبب لوجوب النفقة على الزوج، وهي تشمل الطعام والكسوة والسكنى، وأن تقدير كل واحدة منها موكول إلى العرف، في اجتهاد جل الفقهاء، وحسب حالة الزوجين.

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي - ابن رجب الحنبلي: ١٣٨.

(٢) انظر: المحلى ١٠/٨٨، ٩١.

٢- أن النفقة تشمل أيضاً ما لا بد منه، من أدوات الطبخ والفراش الخاص بالقعود واللحاف وملحقاته.

٣- أن المرأة تملك الطعام والكسوة المفروضين لها، من جهة النفقة باتفاق الفقهاء، وكذا الحاجات الضرورية كالفراش وآلات الطبخ.

٤- أنها لا تملك البيت المعد للسكنى؛ لأن السكنى بالإجماع هي من قبيل الإمتاع لا التمليك.

وبناءً على هذا نقول: إن تهيئة مكان البيتوتة تعد من مستلزمات السكنى، وقد قرر الفقهاء، لزوم السرير إن جرت به العادة، والبساط المعد للجلوس، وأن المرأة تملك كل ما يخص الطعام والكسوة، لذا أرى أن جزءاً من (غرفة النوم) يعود للمرأة من باب النفقة، لا من باب المهر، فإذا كان السرير مشتركاً، فلها نصفه شائعًا، وكذا الحال بخصوص اللحاف وتوابعه.

أما ما تعورف من أن المرأة تستحق جميع ما تستخدمه في بيت الزوجية، من متاع، وإن كان خارجاً عما ذكرنا، فهو خطأ فاحش، وتجريد للزوج من ملكه بغير حق، فلا تستحق المرأة مثلاً المتاع الخاص بغرفة الضيوف، ولا الزائد عن حاجتها عرفاً من أدوات الأكل والطبخ، لكن إن تم شراء بعض الأمتعة، بمهر المرأة أو بجزء منه، فحينئذ يكون هذا المشترى حقاً لها والله أعلم.

المبحث الثالث
التنازع على ملكية المتاع

لهذا المبحث صلة بالحقوق المالية المترتبة على عقد النكاح، كأن يريد الزوج منع المرأة من الارتفاق بحقها في النفقة، مما يندرج تحت باب التمليك، وقد تريد المرأة أن تستأثر بمتاع البيت - خاصة عند انتهاء الحياة الزوجية - بسند أنه يعد من أغراضها الجهازية مثلاً، فما هو موقف الشريعة إزاء مثل هذه الحالات؟

لا بد ابتداءً أن نسطر القواعد العامة التي تحكم مثل هذه المنازعات، وهذا يحتم علينا أن ننتقل من أبواب المهر والنفقة إلى كتاب الدعاوى. والقواعد التي تحكم هذه المنازعات بحسب القضاء[1] هي:

١- قوله عليه الصلاة والسلام "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"[2].

٢- إذا تعارضت بينتان وأمكن الجمع بينهما جمع[3].

---

(١) وإنما قلنا بحسب القضاء؛ لأن دعوى كل من الرجل والمرأة أن هذا المتاع يعود له، لايمكن صدقهما معاً؛ لتناقضهما، فالقضاء يحسم مادة النزاع بحسب الظاهر، وتبقى قضية الحقوق معلقة على مافي نفس الأمر والواقع.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما، والحديث في الصحيحين بلفظ (لكن اليمين عليه)، انظر: نصب الراية ٤/ ٩٥-٩٦.

(٣) كأن أقاما البيِّنة على مافي يد آخر، قُضي لهما به؛ إذ المحل يقبله، هذا هو مذهب الحنفية، وهو وجه عند الشافعية. انظر: البحر الرائق ٧/ ٢٣٤، الموسوعة الفقهية ١٢/ ١٨٥، نهاية المحتاج ٨/ ٢٣٨-٢٣٩.

٣-إذا لم يمكن الجمع بين البينتين، بأن أقاماها، أو لم يتمكنا من إقامتها أصلاً، يصار إلى الترجيح[١].

وبناءً على هذا، فإذا أقام أحد الزوجين البينة، في دعوى التنازع على ملكية متاع ما، عمل بموجبها، استناداً إلى القاعدة الأولى، وإذا أقام كل منهما بينة، فإن أمكن الجمع بينهما جمع، وإلا فيصار إلى الترجيح، اعتماداً على القاعدة الثالثة، وفي كل مذهب من المذاهب الفقهية وجوه للترجيح لا مجال لذكرها[٢].

والصورة الأكثر حضوراً في واقعنا، والتي هي مثار نقاش، ومحل تأمل، هي فيما إذا عجزا عن إقامة البينة، فما هو النظر الفقهي بخصوص هذه الجزئية؟

اختلفت أنظار الفقهاء حتى ضمن المذهب الواحد، وسنعرض لأبرز الاتجاهات الفقهية، ثم نحاول أن نختار منها ما نراه راجحاً، منسجماً مع قواعد النظر والترجيح.

الحنفية: اتفق أئمة الحنفية في صورة تنازع الزوجين، بأن ما يصلح للرجل، فهو له، مع يمينه، كالعمامة والملابس الخاصة بالرجال، وأدوات الطبيب والزوج طبيب، وما يصلح للمرأة فهو لها، مع يمينها، كالخمار وملابس النساء وأدوات الزينة[٣]، إلا أن الآراء تعددت فيما يصلح لهما، كأثاث غرفة الاستقبال مثلاً،

(١) المنثور في القواعد- الزركشي ١/ ٣٣٠، الموسوعة الفقهية ١٢/ ١٨٥.

(٢) الموسوعة الفقهية ١/ ١٨٥.

(٣) انظر فتح القدير: ٨/ ٢٣٧.

أيكون للرجل أم للمرأة أو لكليهما معاً؟ والسبب في تعدد هذه الاتجاهات، هو الاختلاف في أسباب الترجيح، والتي تبنى هذه المسألة عليها، وفيما يلي عرض لأبرز هذه الاتجاهات مقرونة بأدلتها:

الإمام أبو حنيفة:

المتنازع فيه يكون للرجل؛ لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج، من جهة أنه المطالب بالسكنى، والقول في الدعاوى لصاحب اليد، ألا يرى أنه لو تنازع اثنان في شيء، وهو في يد أحدهما، كان القول له، فكذا هنا، ولا يرد على هذا التخريج ما يختص بالنساء، حيث يكون لها، وإن كانت اليد للزوج؛ لأن هذا الظاهر - يد الزوج - يعارضه ظاهر أقوى منه، وهو يد الاختصاص بالاستعمال، فكان القول قولها، كرجلين اختلفا في ثوب، أحدهما لابسه، والآخر متعلق بكمه، فإن اللابس أولى.

ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح، أو بعدما وقعت الفرقة، فإن مات أحدهما، واختلف ورثته مع الآخر، فما يصلح لهما فهو للباقي منهما أيهما كان؛ لأن اليد للحي دون الميت[1].

الإمام أبو يوسف:

تُعطى المرأة جهازها مثلها، والباقي للرجل مع يمينه؛ لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز عادة، وهذا الظاهر أقوى من ظاهر يد الزوج، والطلاق والموت سواء عنده؛ لقيام الورثة مقام مورثهم[2].

---

(١) فتح القدير: ٨/ ٢٣٦، البمسوط: ٥/ ٢١٣-٢١٥.

(٢) المرجعين السابقين.

الإمام محمد بن الحسن:

المتنازع فيه يكون للرجل إن كان حياً، ولورثته إن كان ميتاً، فورثة الزوج يقومون مقامه، لأنهم خلفاؤه في ماله[1]. فقد وافق إمامه في الترجيح حالة الحياة، وخالفه في صورة الموت.

المالكية: قال الشيخ محمد عليش: (و) إن تنازعا قبل البناء أو بعده (في متاع البيت، فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين)، إن لم يكن في حوز الرجل المختص به، ولم تكن فقيرة (وإلا) بأن كان معتاداً للرجال فقط، أو معتاداً لهما، ولو محرماً على الرجال، (فله) أي الزوج (بيمين)، إلا أن يكون في حوزها الخاص بها، أو الرجل معروفاً بالفقر، ويدعي ما لا يملكه عادة[2].

الشافعية: قال الشيخ زكريا الأنصاري: (ولو اختلف الزوجان أو ورثتهما)، أو أحدهما وورثه الآخر، (في أثاث بيت يسكنان به) مثلاً، والمراد أن تكون اليد على الأثاث لهما، (ولا بينة فهو لمن حلف عليه) منهما، (فإن حلف كل منهما للآخر جعل بينهما)[3]، ويستوي الحال عندهم فيما يصلح لأحدهما[4].

---

(١) المرجعين السابقين.

(٢) انظر: شرح منح الجليل- محمد عليش ٢/ ١٦٣، جواهر الإكليل ١/ ٣٢٥.

(٣) شرح الروض: ٤/ ٤٢٤.

(٤) قواعد الأحكام، العز بن عبدالسلام: ٢/ ٤٧.

الحنابلة : إذا اختلف الزوجان في متاع البيت أو في بعضه، فقال كل واحد منهما جميعه لي، أو قال كل واحد منهما هذه العين لي، وكان لأحدهما بينة ثبت بلا خلاف، وإن لم يكن لواحد منهما بينة، فالمنصوص عن أحمد أن ما يصلح للرجل، القول فيه قول الرجل مع يمينه، وما يصلح للنساء، فالقول قول المرأة مع يمينها، وما يصلح لهما، كالفراش والأواني، فهو بينهما، سواءً كان في أيديهما من طريق المشاهدة، أو عن طريق الحكم، وسواءً اختلفا في حال الزوجية، أو بعد البينونة، وسواءً اختلف ورثتهما، أو أحدهما وورثه الآخر[1].

المناقشة والترجيح:

من خلال استعراض اتجاهات الفقهاء السابقة وأدلتهم، يتبين لنا بأن منشأ الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد والمالكية من جهة، والشافعية والحنابلة من جهة ثانية، إنما هو في أن اليد هل تابعة للسكنى أم للاستعمال؟ فإن كانت تابعة للسكنى، رجحنا جانب الزوج؛ إذ في صورة التنازع القول لصاحب اليد مع يمينه[2]، وإن كانت اليد تابعة للاستعمال، تساوى كل من الرجل والمرأة في سبب الاستحقاق.

والذي يظهر لي ترجيح كون اليد تابعة للسكنى؛ لأن الاستعمال قد يكون على سبيل الإباحة والإمتاع، وخاصة بين الزوجين، فالأولى النظر إلى جانب السكنى؛ لأنها منوطة بالرجل تكليفاً، اللهم إلا إن كان البيت للمرأة فإن اليد لها، إلا أني أميل

(١) انظر: المغني، ابن قدامة ١٠/ ٢٧٢. الواعد في الفقه الإسلامي- ابن رجب ص٣٥١.

(٢) انظر فتح القدير٨/ ٢٣٥-٢٣٦.

إلى رأي محمد والشافعية، في أن الورثة تقوم مقام الموروث؛ لأن يدهم ثابتة حكماً، وملكيتهم تثبت قهراً، فلا يوجد تخلل زمان بين ملكية الموروث وملكيتهم، ولو كان لقلنا بأن اليد في هذا التخلل تنتقل إلى الحي، فيرجح جانبه؛ لأن يد المورث تكون عندئذ عارضة على يد لا مزاحم لها.

وبهذا القدر ينحصر النزاع الان بين محمد والمالكية من جهة، وأبي يوسف القاضي بإعطاء المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل، ويمكن اختيار رأيه فيما إذا جرى العرف به جرياناً مطرداً، وإلا فالأصل عدمه، فيبقى رأي محمد والمالكية هو الأرجى للقبول.

ولا بد من الإشارة إلى أنه لو كان للمرأة كسب، فإن هذا قد يعد مرجحاً لاعتبار يدها بالنظر إلى هذا الكسب، إذ الظاهر حينئذ أن متاع البيت قد تولد من كسبها وكسب الرجل، ولكن ضمن نسبة كسبها إلى كسبه.

هذا في صورة العجز عند إقامة البينة، فإن أقاماها معاً، فالظاهر أن المتاع يكون للمرأة عند الحنفية؛ لأن بينة الخارج مقدمة على بينة ذي اليد عندهم في مطلق الملك[1]؛ لأنها أكثر إثباتاً، والزوج هو صاحب اليد؛ لأنه هو المكلف بالسكنى[2].

---

(١) أما إذا ذكرا سبب الملك، فبينة ذي اليد هي الراجحة. انظر: فتح القدير ٨/ ١٧٣-١٧٤.

(٢) انظر: الاختيار ٢/ ١١٦.

وعند الشافعية بينة ذي اليد تقدم على بينة الخارج[1]، إلا أن هذا لا يتأتى هنا؛ لأن كلاً من الزوجين صاحب يد عندهم، لذا يقسم المتاع بينهما قسمين في هذه الصورة أيضاً. وكذا الحال عند الحنابلة، لأنه وإن كانت الرواية المشهورة عن الإمام أحمد أن بينة الخارج تقدم على بينة ذي اليد[2]، إلا أن هذا لا يتأتى هنا أيضاً؛ لأن كلاً منهما صاحب يد والله أعلم.

وعلى أية حال، فإن المسألة بشقيها ـ بان عجزاً عن البينة أو أقاماها ـ اجتهادية، وقابلة للنظر، ومحتملة لاختلاف في الترجيح.

---

(١) انظر: تحفة المحتاج ١٠/ ٣٢٧.

(٢) انظر: المغني ١٠/ ٢٤٣.

خاتمة البحث :

وإذ قد انتهينا من بحث حقوق المرأة المترتبة على عقد النكاح ، يجدر بنا أن نسطر أهم النتائج ، التي انتهى البحث إليها .

أولاً: الحق الأول وهو المهر ، الذي هو اسم لما تستحقه المرأة ، بنكاح أو وطء ، وأبرز النتائج :

١- المهر وجب حقاً للزوجة ؛ إبانة لشرف هذا العقد وأهميته في الشريعة ، لا أنه من قبيل المعاوضة . ولا خلاف بين الفقهاء في وجوبه على الزوج .

٢- لا تجبر المرأة أن تتجهز بمهرها ؛ لأنه خالص حقها .

٣- لا يقتصر المهر على المسمى بالعقد ، بل يلحق به ما تعارف الناس إلحاقه به ، إلا أن ينص على فيه .

٤- لا حد للمهر ، إلا انه يجوز لولي الأمر إذا رأى المصلحة بتحديد المهور أن يفعل .

ثانياً: الحق الثاني وهو النفقة، التي هي الطعام والكسوة والسكنى ، وأبرز نتائج البحث :

١- سبب وجوب النفقة هو الزوجية .

٢- تجب النفقة بمجرد العقد ، بشرط صحته ، وكون الزوجة مطيقة للوطء ، وفاقاً للحنفية .

٣- تقدير أصناف النفقة الثلاثة موكول إلى العرف في اجتهاد جمهور الفقهاء، وحسب حال الزوجين.

٤- لا تقتصر النفقة على الطعام والكسوة والسكنى، بل يلحق بها ما لا بد منه، كأدوات الطبخ.

٥- أن المرأة تملك الطعام والكسوة المفروضين لها من جهة النفقة، وكذا الضروريات كالفراش، وآلات الطبخ؛ لكونها محبوسة لحق الزوج.

٦- إن السكنى تكون من قبيل الإمتاع، لذا فإنها لا تملك البيت المعد للسكنى بالإجماع.

وبناء على ما تقدم يتجه القول بأن المرأة تستحق نصف غرفة النوم؛ لجريان العرف بإعداد هذه الغرفة من قبل الزوج أما إن غطيت تكاليفها من المهر فتكون ملكاً خاصا بالمرأة قطعاً.

ثالثاً: التنازع على ملكية المتاع.

١- إذا أقام أحدهما البينة قضي له بموجبها.

٢- إذا عجز الزوجان عن إقامة البينة، في صورة التنازع على ملكية المتاع، يرجح جانب الزوج؛ لأن اليد له، من جهة أنه المطالب بالسكنى شرعاً.

٣- إذا أقاما البينة يرجح جانب المرأة؛ لأن بينة الخارج تقدم على بينة ذي اليد، وفاقاً للحنفية والحنابلة.

مراجع البحث:

١ - الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي - دار المعرفة - بيروت - الطبعة الثالثة - ١٩٧٥ .

٢-أنوار التنزيل وأسرار التأويل - البيضاوي - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى - ١٩٨٨ .

٣ - البحر الرائق - زين الدين بن نجيم - دار المعرفة - بيروت - الطبعة الثانية - د . س .

٤ - بدائع الصنائع - علاء الدين الكاساني - دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الثانية - د . س .

٥ - بداية المجتهد - بن رشد القرطبي - دار الفكر - د . س .

٦ - تبيين الحقائق - عثمان بن علي الزيعلي . - دار المعرفة - بيروت - الطبعة الثانية - د . س .

٧ - التحرير والتنوير - محمد الطاهر بن عاشور - الدار التونسية للنشر - ١٩٨٤ .

٨ - ترتيب القاموس المحيط - الطاهر أحمد الزاوي - الدار العربية للكتاب - الطبعة الثالثة - د . س .

٩ - تحفة الأحوذي - محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري - دار الفكر - د . س .

١٠-تحفة المحتاج - أحمد بن حجر الهيثمي - دار الفكر - د . س .

١١ - تفسير القرآن العظيم - ابن كثير - ١٩٤٨ .

١٢ - جواهر الإكليل - الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري - دار إحياء الكتاب

العربي - د. س .

١٣ - حاشية الجمل على شرح المنهج - الشيخ سليمان الجمل - مطبعة مصطفى محمد - مصر - د. س .

١٤ - حاشية رد المحتار - محمد أمين الشهير بابن عابدين - مصطفى البابي الحلبي - مصر - الطبعة الثانية - د. س .

١٥ - رحمة الأمة في اختلاف الأئمة - محمد بن عبد الرحمن الدمشقي - مكتبة أسعد - الطبعة الأولى - ١٩٩٠ .

١٦ - روح المعاني - شهاب الدين محمود الآلوسي - دار الفكر - د. س .

١٧ - روضة الطالبين - الإمام النووي - المكتبة الإسلامية - د. س .

١٨ - سنن النسائي بشرح السيوطي - المكتبة التجارية الكبرى - مصر - الطبعة الأولى - ١٩٣٠ .

١٩ - السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية - د. رعد عبد الفتاح عمرو - دار النفائس - الأردن - الطبعة الأولى - ١٩٩٨ .

٢٠ - شرح بن عقيل - عبد الله بن عقيل - دار إحياء التراث العربي - بيروت - د. س .

٢١ - شرح روض الطالب - أبو يحيى زكريا الأنصاري - المكتبة الإسلامية - د. س .

٢٢ - شرح الزرقاني على مختصر الخليل - عبد الباقي الزرقاني - دار الفكر - بيروت - د. س .

٢٣ - شرح شذور الذهب - عبد الله بن يوسف بن هشام - بدون مكان وسنة .

٢٤ - شرح منح الجليل - محمد عليش - د. س .

٢٥- الصحاح ـ اسماعيل بن حماد الجوهري ـ دار العلم للملايين ـ بيروت ـ الطبعة الرابعة ـ ١٩٨٧ .

٢٦- العناية بهامش فتح القدير ـ محمد بن محمود البابرتي ـ دار الفكر ـ بيروت ـ الطبعة الثانية ـ د . س .

٢٧- فتح القدير ـ دار الفكر ـ بيروت ـ الطبعة الثانية ـ د . س .

٢٨- قواعد الأحكام في مصالح الأنام ـ عبد العزيز بن عبد السلام ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ د . س .

٢٩- اللباب في الجمع بين السنة والكتاب- علي بن زكريا المنبجي- جدة ذ دار الشروق ذ الطبعة الاولى ذ ١٩٨٣ .

٣٠- المبسوط ـ شمس الدين السرخسي ـ دار المعرفة ـ بيروت ـ د . س .

٣١- القواعد في الفقه الإسلامي ـ عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ـ دار الجيل ـ بيروت ـ الطبعة الثانية ـ ٨٨٩١ .

٣٢- المحلى ـ علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ـ دار الفكر ـ بيروت ـ د . س .

٣٣- المغني ـ عبد الله بن أحمد بن قدامة ـ دار الفكر ـ د . س .

٣٤- منتهى الإرادات .

٣٥- المنثور في القواعد ـ بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي ـ مؤسسة الخليج ـ الكويت ـ الطبعة الأولى ـ ١٩٨٢ .

٣٦- الموسوعة الفقهية ـ إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية ـ الكويت ـ الطبعة الأولى ـ ١٩٨٤ .

٣٧- نصب الراية لأحاديث الهداية - عبد الله بن يوسف الزيلعي - دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الثانية - ١٩٧٨ .

٣٨- نهاية المحتاج - أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي - الناشر المكتبة الإسلامية - د . س .

٣٩- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار - محمد بن علي بن محمد الشوكاني - دار الحديث القاهرة - د . س .

٤٠- الهداية - علي بن عبد الجليل المرغيناني - مطبعة البابي الحلبي - مصر - د . س .



كشاف

مجلة الشريعة والقانون

علمية محكمة - نصف سنوية

تصدر عن مجلس النشر العلمي



العدد الأول

رمضان ١٤٠٧ هـ الموافق مايو (أيار) ١٩٨٧م

العدد الثاني

رمضان ١٤٠٨ هـ الموافق مايو (أيار) ١٩٨٨م

العدد الثالث

ذي الحجة ١٤٠٩ هـ الموافق يوليو (تموز) ١٩٨٩ م

العدد الرابع

شوال ١٤١٠ هـ الموافق مايو (أيار) ١٩٩٠م

العدد الخامس

ذي القعدة ١٤١١ هـ الموافق مايو (أيار) ١٩٩١م

العدد السادس

ربيع الأول ١٤١٣ هـ سبتمبر ١٩٩٢م

العدد السابع

جمادى الأولى ١٤١٤ هـ نوفمبر ١٩٩٣ م

العدد الثامن

جمادى الثاني ١٤١٥ هـ نوفمبر ١٩٩٤

العدد التاسع

جمادى الثاني ١٤١٦ هـ نوفمبر ١٩٩٥

العدد العاشر

جمادى الثاني ١٤١٧ هـ نوفمبر ١٩٩٦

العدد الحادي عشر

محرم ١٤١٩ هـ إبريل ١٩٩٨

العدد الثاني عشر

ذو القعدة ١٤١٩ هـ فبراير ١٩٩٩

العدد الثالث عشر

ذو القعدة ١٤٢٠ هـ فبراير ٢٠٠٠م

Women's Financial Rights Stemming from Marriage

By

Rayan Tawfiq Khaleel

Member of Administrative Authority
Mosil Scientists Union

The researcher aims to focus on women's financial rights limited to dowry and expenditure under the accumulation of social customs and traditions leading to conflict with principles of justice, hence becoming a criterion.
The paper is divided into three subjects as follows:

I. Dowry
II. Expenditure
III. Dispute over personal effects.

Special Features of Islamic Administrative Jurispradence (Complaints Law)

By

Dr. A'ad Humoud Al-Qaisy

Public Law Professor

The paper exposes the value of this subject, dividing it into various parts covering identification of Judicial system in general through detailed study of litigations law, Hesbah Law and Complaints Law.

The researcher attempts to prove the specialty and independence of complaints law under the following topics:

I. Legitimacy Principal in Islamic Administrative Jurispradence.
II. Independence of Islamic Administrative Jurispradence.
III. Islamic Administrative Jurispradence. is a "specialized law"

The Fair Distribution and Economic Efficiency in Positve legal Systems and in Islam: A Comparative Perspective

By

Abduljabbar Homed Obeid Al-Sabhany

This research investigates the relationship between economic efficiency and distributive Justice. Whereas econimists from different schools have invariably agreed upon the necessity of achieving economic efficiency and succeeded in developing objective criteria to measure it, they are far away from reaching a similar agreement with rgard to the intent of just distribution and its impact on efficiency.

This research explores a basic hypothesis that just distribution is prerequisite for economic efficiency, and that Islam, in its just distributive system, actualizes that.

The paper investigates also the dimentions of fair (just) distribution in Islam showing that both consideratons, "efficiency and justice" are present in all stages of distribution and its institutions.

In contrast, this research points out a complete separation between a just distribution and efficiency in positive legal systems. This has been realized by surveying opinions and positions of theorists and pioneers. The shortage of the rules and the mechanisms adopted can be also noticed clearly. So, the chances of efficiency will be lessened.

Protecting the Workers During Probation Period: A Comparative Study of the Egyptian, French and UAE legal systems

By

Dr. Mohammed Ibraheem Bendari

Civil Law Asst. Professor Transactions Dept.

Faculty of Sharia & Law

United Arab Emirates University,

The paper starts with a definition of the probation period differentiating it from other definitions, then it tackles the workers protection with regard to agreement on the lapse of right of option, and finally covers safeguarding the worker from unjustified termination during probation period.

The paper is a comparative study of the Egyptian, French and Emirates legal systems.

Protecting the Environment in Sharia (Islamic Law)

By

Prof. Mahmoud Ahmad Abu Lail

Comparative Jurisprudence Professor,
Basic Studies Department
Faculty of Sharia & Law,
United Arab Emirates University

The paper discusses some environmental connotations and values under Islamic guidelines leading to protecting a livable environment, as follows :

I. The Holy Qur'an verses on the various aspects of environment.
II. The extent of human control over environmental resources, and forbidding its destruction.
III Positive measures in Islamic legislations for environment protection.

(b) Publishing Rules :

1 - The Journal of Sharia and Law publishes original, genuine and indepth studies related to the Islamic jurisprudence (Fiqh) and law.

2 - Contributions may be written in Arabic, English or French, ranging from 5,000 to 10,000 words (16 to 32 A4 pages) excluding lists of references, figures, pictures and appendices.

3 - Contributions must not be a part of the writer's Ph.D or MA thesis, and must not have been published before in any form or submitted for publication to any other journal. The author is required to submit a statement to this effect.

4 - Authors are advised to observe academic rules with regard to references, footnotes, sources, and all other rules of research . References and footnotes should be cited properly .

5 - Contributions must be carefully written and Sharia texts must be clearly indicated.

6 - Contributions should be free from any linguistic and spelling errors, numbered in the Arabic stylc.

7 - Contributions should be typed on a typewriter, computer. Three copies should be sent to the editorial board of the journal.

8 - Authors are required to include a summary of their academic qualifications and publications .

9 - All contributions are subject to confidential review by outside referees.

11- Decision taken about suitability of articles for publication slall be communicated to authors withim a maximum period of two months from the receit date.

12- Lists of internal and external referees are prepared by the academic departments of the Faculty and submitted to the editorial board for approval. Selected referees shall be paid honorarium amounts in accordance with UAE University rules .

13- Priority for publishing contributions is given according to the folowing criteria :

a - the importonce of the topic to UAE society.

b- Date of receit .

c- Diversity of topics and writers.

Journal of Sharia and Law
Objectives and Publishing Rules

(a) Journal objectives :

The journal of the Faculty of Sharia and Law of the United Arab Emirates University is a specialized, refereed and bi-annual published Journal. The objectives of the journal are as follows :

1 - Publishing original articles written by specialists in the fields of sharia (Islamic Law) and law in general in order to enrich these two fields and create opportunities for faculty members of Sharia and Law of the UAE University to publish their work and broaden their perspectives on complex legal issues which are of great importance to legal scholars and the society at large.

2 - Strengthening the academic and scientific contacts between the Faculty of Sharia and Law of the UAE University and other Universities in the world.

3 - Analyzing contemporary issues within the framework of Sharia and law, especially the issues relating to the UAE, the Arab world, and Islamic countries.

4 - Studying the academic trends in the fields of Sharia and law and assessing current legal developments as demonstrated in new publications in the fields of Sharia and law , and in the dissertations submitted to Gulf, Arab, Islamic and international universities all over the world as well as conferences and siminars dealing with humanities and environmental issues as relatd to the above mentioned topics. This is in additton to news about Arabic and Islamic intellectual heritage, religious and legal opinions. The Journal of the Faculty of Sharia and Law provides a forum for commenting and analyzing the judgements of the courts of the UAE and of the other Arab States .

5 - Creating opportunities for academic exchange of views with similar journals.



Contents



JOURNAL OF SHARI'A AND LAw



United Arab Emirates University

" A BI-ANNUAL REFEREED ACADEMIC JOURNAL "

ISSUE NO 14/ Shawal 1421 - January 2001

Editor -in- Chief

Prof. Jassim Ali Salem Al-Shamsi

Deputy Editor -in- chief. Edting director

Dr. Mohammad Abdulrahim Sultan Alolama

Editing Board

Prof. Majed Ragheb El-helw

Prof. Qasim Abdulhameed Elwatidi

Prof. Mahmmod Ahmad Abulail

Prof. Hisham Mohammad Farid Rustom

Published by Academic Publication Council

UAE University

This Journal is listed in the "Ulrich's International Periodicals Directory" under record No. 349199

ISSN 1608-1013